

Strafrecht zwischen System und Telos

*Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg
zum siebzigsten Geburtstag
am 14. Februar 2008*

Herausgegeben von
Holm Putzke
Bernhard Hardtung
Tatjana Hörnle
Reinhard Merkel
Jörg Scheinfeld
Horst Schlehofer
Jürgen Seier

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-149570-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Foto: Mustafa-Yasin Sönmez

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Hirnforschung, Sprache und Recht

Grischa Merkel

I. Einleitung

Der Streit um die Legitimation des Strafrechts ist von Neurowissenschaftlern vor einigen Jahren neu entfacht worden und das Interesse in der Öffentlichkeit an seiner Klärung hat seither nicht nachgelassen.¹ Während in der Philosophie eine breite Diskussion um den Verantwortungsbegriff angeregt wurde, bleibt sie im Strafrecht eher verhalten. Die philosophischen Thesen lassen dabei zumeist spezifische Gesichtspunkte des Rechts außer Acht. Das wird indes vonseiten der Juristen nur den Neurowissenschaftlern vorgehalten. Gegen sie wird immer wieder ein vermeintlich schlagendes Argument ins Feld geführt: Die normative Erklärungsebene sei ganz einfach autonom und bleibe deshalb durch die Erfahrungssätze der empirischen Wissenschaften unangetastet.

Das Folgende ist ein Versuch, allen Seiten in diesem Streit so gut es geht gerecht zu werden. Der Schwerpunkt meines Beitrags liegt natürlich beim strafrechtlichen Schuldbegriff. Es sollen aber auch einige Missverständnisse mit Blick auf die »Perspektive der Neurowissenschaft« und ihrer Konsequenz für das Recht ausgeräumt werden.

II. Willensfreiheit und Schuld

Wenn strafrechtliches Unrecht verwirklicht wurde, dann wird grundsätzlich von der Schuldfähigkeit eines strafmündigen Täters ausgegangen. Gibt es im Einzelfall Indizien, die gegen diese Annahme sprechen, dann kann der Strafrichter die Schuldfähigkeit nur unter Beachtung der einschlägigen Normen ausschließen. Für die Schuldunfähigkeit von Strafmündigen ist § 20 StGB die zentrale Vorschrift. Zwar lässt sich aus ihr nicht direkt ersehen, was Schuld ist; möglich erscheint aber immerhin, dass sich aus der Feststellung, was Schuld jedenfalls *nicht* ist, Rückschlüsse darauf gewinnen lassen, was ein positiver Schuldbegriff enthalten muss, um Strafe legitimieren zu können.

¹ Vgl. zuletzt Der Spiegel 31/2007.

1. Auslegung des § 20 StGB

§ 20 lautet: »Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinns oder einer anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.«

Der Gesetzgeber unterstellt also im Umkehrschluss für alle diejenigen Täter, die sich *ohne* einen der genannten Defekte rechtswidrig verhalten haben, dass sie sich auch ihrer Unrechtseinsicht entsprechend, also rechtmäßig hätten verhalten können. 1952 hat der Große Strafsenat des BGH diese Deutung (des § 51 a. F.) in einer vielzitierten Entscheidung bestätigt: »Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können.«²

Eine andere Deutung des § 20 wird dagegen ausgeschlossen. Die »Unfähigkeit« (nach der Unrechtseinsicht zu handeln) meint nicht, dass der schuldunfähige Täter nur *generell* unfähig sein muss, rechtmäßig zu handeln, woraus dann auf seine Unfähigkeit zum Tatzeitpunkt geschlossen werden könnte. Denn die Unfähigkeit i. S. des § 20 muss, wie die Norm ausdrücklich sagt, *bei Begehung der Tat* vorliegen. Lässt also § 20 einen solchen Schluss von der generellen Unfähigkeit auf die konkrete auch zum Tatzeitpunkt nicht zu, dann muss das Umgekehrte für die Schuldfähigkeit ganz genauso gelten: Die bei einem Täter generell vorhandene Fähigkeit, sich rechtmäßig zu verhalten, beweist noch nichts für eine entsprechende Fähigkeit auch zum konkreten Tatzeitpunkt.

Die Auslegung von § 20 konfrontiert uns deshalb unausweichlich mit der These, dass der schulfähige Täter anders (nämlich rechtmäßig) hätte handeln können. Wir werden uns im Folgenden ansehen, was uns die Hirnforschung dazu sagen kann.

2. Die Erklärungsebene der Neurowissenschaften

Über einen engen Zusammenhang von neuronalen Prozessen und Verhalten hinaus belegen neuere Forschungen der Neurowissenschaftler eindrucksvoll eine Korrelation von Hirnprozessen und mentalen Zuständen wie Absichten oder Gedanken. So lassen Messungen neuronaler Aktivität (jedenfalls in der Laborsituation) mit einer hohen Wahrscheinlichkeit den Schluss darüber zu, welche Entscheidung zwischen zwei ihm freigestellten Alternativen ein Proband getroffen hat: die nämlich, in den nächsten Sekunden zwei einfache Zahlen entweder zu addieren oder zu subtrahieren.³ Auch bei einem moralischen Urteil, wie dem einer Entscheidung im vieldiskutierten »Weichenstellerfall«⁴, lässt sich eine korrelierte

² BGHSt 2, 194 (200).

³ Haynes et al., *Current Biology* 17 (2007), 323 ff.

⁴ Dazu aus der angelsächsischen Moral- und Rechtsphilosophie insb. Thomson, Rights, Retitution, and Risk, 1986, 39; aus dem deutschen Strafrecht Welzel, ZStW 63 (1951), 47 (51), sowie in dieser Festschrift Hörnle, 555 ff.

Hirnaktivität feststellen.⁵ Mit dem Begriff *Korrelation* ist indes nicht gesagt, dass eine Art »innerer Entscheidungsprozess« von neuronaler Aktivität in irgendeinem Sinne vorbereitet oder begleitet wird. Gemeint ist damit nur, dass bei der Konfrontation von Probanden mit einer speziellen Situation wie der im Weichenstellerfall immer eine neuronale Aktivität messbar ist, die sich übrigens je nach ethischer oder rein kognitiver Problemstellung signifikant verändert. Der Experimentator beobachtet das Gehirn also auch *nicht* dabei, wie es addiert oder subtrahiert, denn solche Tätigkeiten führt nicht etwa das Gehirn durch, sondern dessen Inhaber (mittels seines Gehirns). Gleichwohl kann der Experimentator bei der Entscheidung des Probanden, zu addieren, eine andere Gehirnaktivität feststellen als bei der, zu subtrahieren. Daran wird deutlich, dass nicht nur körperliche Bewegungen, sondern auch Entscheidungen und Urteile neuronale Prozesse voraussetzen. In der Gewissheit, dass (wie auch immer verstandenes) Bewusstsein neuronale Aktivität voraussetzt, sind sich Neurowissenschaftler und Philosophen deshalb einig.⁶

Die Hirnaktivität unterliegt dabei physikalischen Gesetzmäßigkeiten, wird also durch vorangehende Gehirnaktivitäten sowie durch außerhalb des Gehirns liegende Einflüsse determiniert. Weil die Begehung von Straftaten also jedenfalls auch durch Hirnprozesse determiniert wird, könnte man vielleicht auf die Idee kommen, nicht vom Straftäter und seinem Gehirn, sondern eher vom Gehirn und seinem Straftäter zu reden. Das wäre aber zumindest begrifflich ungenau: Im Gehirn finden ausschließlich bio-chemische und physikalische Prozesse statt. Deshalb bestehen die auf begriffliche Klarheit dringenden Philosophen ganz zu Recht darauf, dass Gehirne weder etwas entscheiden, noch etwas fühlen.⁷ Gehirne besitzen auch nichts, und genau deshalb »hat« der Mensch ein Gehirn und nicht das Gehirn einen Menschen. Das macht die gerade formulierte Aussage »keine Entscheidung ohne Hirnprozesse« aber keineswegs falsch. Man darf dabei nur nicht vergessen, dass Begriffe wie »entscheiden« oder »urteilen« etc. sprachliche Formen sind, die zur Beschreibung von Aktivitäten eines Menschen und nicht *allein* seines Gehirns dienen.

Nun weiß man heute sehr genau, dass es vom Eintreffen eines äußeren Reizes, wie beispielsweise eines akustischen Signals, bis zu dem Moment, wo der Mensch auf den Reiz reagieren kann, einer gewissen Zeitspanne bedarf. Wir kennen diesen Zeitverzug von den sog. Reaktionszeittests, bei denen auf ein Geräusch möglichst schnell reagiert werden soll, zumeist mit einem Knopfdruck. Inzwischen weiß man auch, dass die Reaktion bei einem Reaktionszeittest und damit bei-

⁵ Siehe *Greene et al.*, *Science* 293 (2001), 2105 ff.; vgl. auch *Greene/Haidt*, *Trends in Cognitive Sciences* 6 (2002), 517 ff.

⁶ Statt vieler aus der Philosophie *Sturma*: »Es ist trivialerweise nicht zu bestreiten, dass Bewusstseinszustände nur aufgrund von neuronalen Aktivitäten vorliegen«, in: *Sturma* (Hrsg.), *Philosophie und Neurowissenschaften*, 2006, 187 (191 f.).

⁷ So z.B. *Bennett/Hacker*, in: *Sturma* (Hrsg.), *Philosophie und Neurowissenschaften*, 2006, 20 ff.

spielsweise auch der Bewegungsbeginn eines Sportlers nach einem Startschuss bereits erfolgen, bevor jeweils die Wahrnehmungsschwelle überschritten wird.⁸ Diese Schwelle bleibt sozusagen permanent unterschritten, wenn der Mensch einem Reiz ausgesetzt wird, über den er niemals, auch zu keinem späteren Zeitpunkt, berichten kann. In solchen Fällen nimmt man an, dass er von dem Reiz auch nichts weiß. Um von einer Wahrnehmung und damit von »Bewusstsein« reden zu können, muss der Mensch, der als Subjekt der bewussten Wahrnehmung (Erfahrung) in Frage kommt, uns also etwas von ihr mitteilen können. Sinnvoll kann der Begriff »Bewusstsein von etwas« daher nur als die Bezeichnung von etwas verstanden werden, was der berichtsfähige Mensch anderen vermitteln kann, zum Beispiel mit dem Hinweis, er habe etwas gehört. Eine solche Auskunft ist aber ein Gegenstand der Wahrnehmung oder Erfahrung Anderer. Genau dieses Zusammenspiel zwischen Gehirnprozessen einerseits und den Berichten ihrer Probanden andererseits erforschen die Neurowissenschaftler. Insofern ist das Gehirn-Bewusstsein-Problem nicht nur ein metaphysisches, wie manche Philosophen im Bann einer langen Tradition annehmen, sondern ein empirisches und geht damit natürlich die Gehirnforscher im Bereich ihrer genuin eigenen Zuständigkeit etwas an.

Eine Mitteilung über seine Wahrnehmung kann ein Mensch, wie u.a. ältere Untersuchungen von Benjamin Libet gezeigt haben, frühestens ca. eine halbe Sekunde, nachdem er einem Reiz ausgesetzt war, machen.⁹ Im Rahmen sog. Reaktionszeittests können die Probanden zwar auch davon berichten, einen Reiz wahrgenommen zu haben, die Reaktionen erfolgen jedoch so schnell nach dem Reiz, dass man annehmen muss, die bewusste Wahrnehmung des Reizes finde erst *nach* der Reaktion statt. Es bietet sich hier an, von einer »Spontanreaktion« zu sprechen. Die Hirnaktivität bei solchen unmittelbaren Reaktionen auf einen äußeren Reiz¹⁰ unterscheidet sich nämlich nicht nur signifikant von der bei sog. Willkürbewegungen, sondern auch von den im Alltag auftretenden »normalen« unwillkürlichen, nämlich unbewussten bzw. automatisierten Verhaltensweisen.¹¹ Weil die Art der Bewegungsausführung, wie man heute weiß, bereits vorab durch die Hirnaktivität festgelegt wird, wird in gewisser Weise auch die Wahrnehmung festgelegt, die wir dann von der Bewegung haben.¹² Das sind Erkenntnisse, die eng mit dem prominent gewordenen Libet-Experiment zusammenhängen (dazu im

⁸ Siehe *Taylor/McCloskey*, *Journal of Neurophysiology* 63 (1990), 439 ff.

⁹ Siehe *Libet et al.*, *Science* 158 (1967), 1597 ff.; ausf. dazu *Detlefsen* (jetzt *G. Merkel*), *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips: Konsequenzen neurobiologischer Forschung für das Strafrecht*, 2006, 250 ff.

¹⁰ Dazu *Papa et al.*, *Movement Disorders* 6 (1991), 217 ff.

¹¹ Siehe *Praamstra et al.*, *Experimental Brain Research [Exp Brain Res]* 103 (1995), 429 ff.; *Touge et al.*, *Annals of Neurology* 37 (1995), 791, (793 ff.); *Dirnberger et al.*, *Exp Brain Res* 120 (1998), 263 ff. Dazu auch *Lang/Deecke*, in: Rösler (Hrsg.), *Ergebnisse und Anwendungen der Physiologie, Enzyklopädie der Psychologie C, Serie 1, Bd. 5*, 1998, 225 (235 ff.).

¹² Dazu *Haggard/Eimer*, *Exp Brain Res* 126 (1999), 128 (131).

folgenden Abschnitt) und die auch von neurowissenschaftlich geschulten Kritikern Libets nicht bezweifelt werden.¹³

Hält man nun fest, dass die Begehung einer Straftat, wie zum Beispiel das willkürliche oder das unwillkürliche, aber sorgfaltswidrige Töten eines anderen Menschen, immer auch neuronale Prozesse voraussetzt, dann ist mit diesem Hinweis auf Gehirnprozesse, ja selbst mit deren detailgenauer Beschreibung die Handlung natürlich noch nicht erklärt. Das könnte die Neurowissenschaft freilich auch nicht leisten. Eine dahingehende Forderung wäre ungefähr der Erwartung an einen Sachverständigen vergleichbar, er solle in einem Strafverfahren eine Antwort auf die Frage nach der Schuldfähigkeit des Täters geben. Doch bezeichnet der Umstand, dass sowohl das Ob als auch das Wie unseres subjektiven Erlebens von bestimmten Gehirnprozessen abhängt, jedenfalls aus neurowissenschaftlicher Sicht eine Art »Vorrangstellung« des Gehirns gegenüber den korrelierten »mental Zuständen«. Wollte man gegen die Feststellung dieser Vorrangstellung einwenden, dass neuronale Kausalzusammenhänge doch ihrerseits etwas von unserer Wahrnehmung »Konstruiertes« seien, so brächte uns das mit Blick auf die Schuldfrage nicht weiter. Denn eine mögliche (und wahrscheinliche) Konstruktion unserer Umwelt ändert nichts daran, dass der Richter im Strafprozess die Empirie so einbeziehen muss, wie sie intersubjektiv feststellbar ist. Deshalb muss auch bei dem geläufigen Argument, dass es bei der Schuldzuschreibung auf die Gründe des Täters für seine Tat ankomme und nicht auf die Ursachen der Körperbewegungen, die er dabei vollzogen hat, genau hinterfragt werden, welche Relevanz Erfahrungssätze mit Blick auf normative Zuschreibungen haben. Im Folgenden werden wir uns deshalb zunächst eingehender mit der Bedeutung von empirischen Feststellungen bei der Schuldzuschreibung befassen. Dazu müssen wir auch eine ältere philosophische Sicht einbeziehen.

3. *Cartesischer Dualismus und das Libet-Experiment*

Verstände man, wie es Descartes tat, den Geist bzw. das Bewusstsein als ontologische Realität im Sinne einer immateriellen Substanz, die Gehirnvorgänge initiiert, ohne ihrerseits durch sie beeinflusst zu sein, dann wäre man mit einer Reihe rätselhafter Fragen konfrontiert, etwa den folgenden: Woher sollten diese Gedanken kommen und in welchem Verhältnis stünden sie zum Individuum? Existierten sie unabhängig von dessen Lebensgeschichte und wie könnten sie auf dessen empirische Existenz Einfluss nehmen? Dies sind Fragen, auf die es weder einleuchtende

¹³ S. Miller/Trevena, *Consciousness and Cognition* 2002, 308 (312); Pockett, *Consciousness and Cognition* 2002, 314 (323). Unter Berufung auf deren Untersuchungen indes kritisch Rechtswissenschaftler und Kriminologen wie Czerner, *Archiv für Kriminologie* 2006, 129 (139 f.); Dölling, *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 2007, 59 (61); Lampe, *ZStW* 118 (2006), 1 (30); Heun, *JZ* 2005, 853 (856); Streng, in: FS Jakobs, 2007, 675 (684 f.), wohl auch T. Walter, in: FS F. C. Schroeder, 2006, 131 (140), u. Hochbuth, *JZ* 2005, 745 (747).

noch überprüfbare Antworten gibt.¹⁴ In der modernen Philosophie hat ein solcher Substanzdualismus daher kaum noch Anhänger.

In der Abkehr vom cartesischen Dualismus ist denn auch der Grund dafür zu sehen, warum das sog. Libet-Experiment für die moderne Philosophie nur von geringem Interesse ist. Denn lediglich mit der Vorstellung, dass die Begriffspaare »Geist und Körper« oder »Bewusstsein und Gehirn« jeweils zwei ontologische Entitäten im Sinne Descartes (»res cogitans« und »res extensa«) beschreiben, die jeweils kausal interagieren, lassen sich die Ergebnisse des Libet-Experiments nicht in Übereinstimmung bringen. Gerade dadurch werden sie allerdings für die Rechtswissenschaft interessant. Denn die normative Feststellung eines vermeidbaren Verhaltens fußt, wie wir sehen werden, auf der Vorstellung eines Dualismus, der dem in der Philosophie abgelehnten cartesischen jedenfalls nicht ganz unähnlich ist.

Libet hatte, knapp zusammengefasst, drei Zeitpunkte gemessen: den eines Bewegungsbeginns wie des Beugens eines Fingers,¹⁵ den Beginn des zu dieser Bewegung gehörenden sog. Bereitschaftspotentials, das eine spezifische, von Neuronen im sog. supplementär motorischen Areal (SMA) ausgehende Spannung vor einer Bewegung bezeichnet,¹⁶ und den Zeitpunkt, zu dem die Probanden sich entschlossen, die jeweilige Bewegung auszuführen. Zeigen wollte Libet mit seinem Experiment, dass der Zeitpunkt des subjektiven Entschlusses, die Bewegung auszuführen, zeitlich vor dem Beginn des Bereitschaftspotentials liegt. Denn dies hätte seine Annahme untermauert, dass die bewegungsvorbereitende neuronale Aktivität durch den Willen zur Bewegung ausgelöst wird, was in seinen Augen ein Indiz für einen freien Willen gewesen wäre. Stattdessen ergaben seine Aufzeichnungen – wiewohl diese Ergebnisse im Einzelnen nicht unumstritten sind¹⁷ –, das genaue Gegenteil: dass nämlich der Entschlusszeitpunkt zeitlich dem Beginn des Bereitschaftspotentials nachfolgt. Um seine Theorie von einem freien Willen zu retten, behalf sich Libet allerdings mit der Hypothese, dass dem Willen, wenn er die Bewegung schon nicht initiieren könne, jedenfalls noch die Möglichkeit verbleibe, die neuronale Vorbereitung der Bewegung abubrechen.¹⁸ Aber auch der Verweis auf ein »freies Veto«, den einige Rechtswissenschaftler zum Anlass nehmen, die

¹⁴ Vgl. auch *Prinz*, in: Cranach/Foppa (Hrsg.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, 86 (91 f.); *Beckermann*, in: Köchy/Stederroth (Hrsg.), *Willensfreiheit als interdisziplinäres Problem*, 2006, 289 (292 f.).

¹⁵ Gemessen mittels eines Elektromyogramms, dessen Sensor am Finger befestigt wird und auch geringste Bewegungen aufzeichnet.

¹⁶ Das Bereitschaftspotential wurde 1964 von Kornhuber und Deecke entdeckt. Die elektrische Spannung der neuronalen Aktivität wird über Elektroden eines Elektroenzephalogramms (EEG) abgeleitet, die entweder an der Schädeldecke oder direkt am SMA des Gehirns angebracht werden (sog. Elektrokortikogramm). Das SMA befindet sich am oberen Rand der Innenseite der Hemisphäre und gehört zum primären motorischen Kortex, der mit der Vorbereitung und Durchführung von Willkürhandlungen zu tun hat.

¹⁷ S. dazu insbesondere *Miller/Trevena* und *Pockett*, jeweils bei und in Fn. 13.

¹⁸ S. *Libet*, *The Behavioral and Brain Sciences* 8/4 (1985), 529 (536 ff.); *ders.*, *Mind Time*, 2005, 177 ff.

Aussagekraft des Libet-Experiments generell in Zweifel zu ziehen,¹⁹ ist mit den gerade genannten und ungelösten Fragen konfrontiert, wie ein solches Veto als vom Neuronalen unabhängiger Wille entstehen und wie es auf die körperliche Substanz des Gehirn einwirken sollte.

Einem weiteren Einwand zufolge, besage das Experiment mit Blick auf strafrechtliche Verantwortlichkeit nichts, weil es sich nicht um eine moralische Entscheidung der Probanden gehandelt habe. Die Laborsituation des Libet-Experiments und dessen sonstige Umstände erlaubten auch keine Schlussfolgerungen mit Blick auf straffbares Verhalten. Insbesondere seien die Probanden von einem Versuchsleiter aufgefordert worden und hätten sich deshalb schon vorher entschieden, seiner Instruktion Folge zu leisten und den Finger auf jeden Fall zu beugen.²⁰ Wenn man sich indes von der substanzdualistischen These löst und davon ausgeht, dass »Bewusstsein« immer auch neuronale Aktivität voraussetzt, dann wird sofort deutlich, warum dieser Hinweis ebenfalls nicht verfangen kann.

Angenommen, die Probanden wären in einer etwas abgewandelten Versuchskonstellation gebeten worden, zu einem beliebigen Zeitpunkt auf eine Taste zu drücken, die mit einer Leitung verbunden gewesen wäre, über die sich elektrische Spannung bei einer anderen Person entladen hätte. Dann hätte sich vor dem Drücken dieser Taste zweifelsfrei und unstreitig ebenfalls ein Bereitschaftspotential aufgebaut. Diesem zeitlich nachgefolgt wäre der subjektive Entschluss der Probanden, die Taste zu einem bestimmten Zeitpunkt zu drücken. Denn wann, wenn nicht unmittelbar vor der Bewegung, sollte der Wille, die Bewegung »Jetzt« auszuführen, auftreten? An diesen Ergebnissen ändert eine vorangegangene moralische Entscheidung also nichts. Wenn die Probanden nun durch den Tastendruck bewusst einer anderen Person (ohne deren Einwilligung) Schmerzen zugefügt hätten, dann wären sie wegen Körperverletzung zu bestrafen. Daran ändert ersichtlich weder die Aufforderung des Versuchsleiters, an dem Experiment teilzunehmen und die Taste zu drücken, noch die Entscheidung der Probanden, dieser Aufforderung auf jeden Fall nachzukommen, irgendetwas.

Sind moralische Urteile und kognitive Entscheidungen ebenfalls abhängig von Hirnaktivität (siehe dazu den vorangegangenen Abschnitt), dann gilt dies auch für die vorher gefasste »Absicht« der Probanden, an dem Libet-Experiment teilzunehmen,²¹ und für etwaige, wenngleich nicht notwendig moralische Entscheidungen eines Straftäters. Aber selbst wenn man unterstellte, dass eine *freie*

¹⁹ So Heun, JZ 2005, 853 (856); Lampe, ZStW 118 (2006), 1 (30); Streng, in: FS Jakobs, 2007, 675 (684 f.) mwN. Dagegen Detlefsen (Fn. 9), 295 ff. mwN.

²⁰ Siehe Schild, in: Nomos Kommentar, 2. Aufl., 2005, § 20 Rn. 7; T. Walter, in: FS F. C. Schroeder, 2006, 131 (140); Heun, JZ 2005, 853 (856); Czermer, Archiv für Kriminologie 218/2006, 65 (81); Hillenkamp, JZ 2005, 313 (319); ders., in: Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, 2006, 85 (109); Lampe, ZStW 118 (2006), 1 (8); Walde, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, 148 (150); vgl. auch H. Walter, Neurophilosophie der Willensfreiheit, 2. Aufl., 1999, 307; H. Walter/Goschke, in: Köchy/Stederoth (Hrsg.), Willensfreiheit als interdisziplinäres Problem, 2006, 103 (132).

²¹ Vgl. auch Goschke, in: Roth/Grün (Hrsg.), Das Gehirn und seine Freiheit, 2006, 107 (141).

moralische Entscheidung, jemandem Stromstöße zu verabreichen, bereits mit der Intention gefallen sein könnte, den Angaben des Versuchsleiters Folge zu leisten, dann änderte auch das an der rechtlichen Einordnung nichts. Denn die Intention, an dem Experiment teilzunehmen, wäre als *dolus antecedens* kein tauglicher Anknüpfungspunkt für den Vorsatz bzw. Tatentschluss. Nach dem Gesetz kann bekanntlich nicht jede Intention, die sich in einem Taterfolg realisiert, auch als Anknüpfungspunkt für strafrechtliche Verantwortlichkeit dienen, sondern nur die zum Zeitpunkt des Ansetzens zur Tathandlung. Relevant für die subjektive Tatseite ist nach §§ 8, 16, 22 StGB allein der Zeitpunkt der Handlung, hier also das Drücken der Taste. Das Gefühl, das die Probanden im Libet-Experiment beschrieben haben, entspricht auch recht genau dem, was der BGH als »Jetzt-geht-es-los-Gefühl« bezeichnet, um den Beginn einer strafbaren Versuchshandlung zu markieren.²² Von einem solchen »Bewegungsdrang« wird übrigens auch dann berichtet, wenn eine bestimmte Hirnregion bloß extern elektrisch stimuliert wird, ohne dass es zu einer Bewegung kommt.²³

Auch die Feststellung der Schuld eines umsichtig planenden Mörders dürfte deshalb selbstverständlich nicht auf seinen dem Tatbeginn vorangehenden Entschluss bezogen werden. Für einen philosophischen Freiheitsbegriff mag es keine Probleme aufwerfen, die Freiheitszuschreibung in einer solchen Weise sozusagen vorauszudatieren (wiewohl auch das wenig einleuchtend erscheint). Nicht zulässig ist dies aber für die Bestimmung strafrechtlicher Verantwortlichkeit, deren Voraussetzungen sich eben aus den Vorgaben des Gesetzes ergeben müssen (Art. 103 Abs. 2 GG). Sind aber sowohl die Bewegung als auch der Handlungswille bereits vor der Tathandlung neuronal festgelegt, dann könnte dies für die rechtlich vorausgesetzte Annahme einer Fähigkeit zur Handlungssteuerung zum Tatzeitpunkt Probleme aufwerfen. Denn jedenfalls als empirische Feststellung scheint eine solche Steuerungsannahme doch eine substanzdualistische Weltsicht vorauszusetzen, wie sie durch das Libet-Experiment geradezu sinnfällig widerlegt wird. Dieses Experiment erzeugt deshalb für jeden Standpunkt, der auf irgendeine Weise dem cartesischen Dualismus verhaftet bleibt, erhebliche Schwierigkeiten mit Blick auf die vom Strafrecht vorausgesetzten Freiheitsannahmen.

4. Willenssteuerung und Freiheit aus der Perspektive der Rechtsprechung

Die strafrechtliche Praxis legt jedoch genau diese dualistische Weltsicht zugrunde. Das AG Castrop-Rauxel verneint im Jahre 1965 beispielsweise eine strafrechtliche Handlung, »weil ein äußerer Reiz schon eine Reaktion ausgelöst und die nachfolgende Körperbewegung vollzogen hat, bevor der erheblich langsamer arbeitende Wille tätig werden konnte«. In einem solchen Fall könne die Steuerung des

²² Ausf. *Detlefsen* (Fn. 9), 303 ff.

²³ Siehe die Untersuchungen von *Fried et al.*, *The Journal of Neuroscience* 11 (1991), 3656 (3658 ff.); *Naito et al.*, *The Journal of Neuroscience* 19/14 (1999), 6134 (6137 ff.).

menschlichen Verhaltens aber dem bewussten Willen nicht unterliegen.²⁴ Weil die Fähigkeit zur Willenssteuerung als Voraussetzung für Vermeidbarkeit gilt (wie sonst, wenn nicht mittels der Steuerung durch den Willen, sollte anders gehandelt werden können), bemühen sich die Strafgerichte denn auch, Beweis hinsichtlich des Nichtvorliegens dieses »Faktums« zu führen, wenn sie an der Vermeidbarkeit des Verhaltens zweifeln. Weil ihnen bekannt ist, dass es einer gewissen Zeitspanne bedarf, bevor ein Reiz wahrgenommen werden kann, und weil angenommen wird, dass der Wille diese Information vom äußeren Reiz für eine adäquate Handlungssteuerung benötigt, wird bei Unfällen im Straßenverkehr mit »Personenschaden« geprüft, ob dem Willen des Täters ausreichend Zeit verblieb, sein Verhalten adäquat zu beeinflussen.²⁵ Die Willenssteuerung wird in der Rechtspraxis also offensichtlich als ein *empirisch* zu untersuchendes Faktum aufgefasst. Denn die genannten Tatsachenfeststellungen wären ganz und gar unverständlich, wenn es sich bei der »Willenssteuerung« um einen rein normativen Begriff handelte und nicht um einen jedenfalls auch empirischen.

Das Vorgehen der Gerichte zieht aber ein Problem nach sich. Denn auch die Kehrseite, die *positive* Feststellung der Vermeidbarkeit, wird dadurch einem empirischen Kriterium unterworfen, das nach den jüngsten neurowissenschaftlichen Erkenntnissen *prinzipiell* nicht erfüllbar ist. In dem von den Gerichten offensichtlich gemeinten substanzdualistischen Sinne, wonach dem (immateriellen) Willen die Fähigkeit zugesprochen wird, das jeweilige Verhalten empirisch-kausal zu initiieren oder zu kontrollieren, gibt es eine willentliche Steuerung körperlichen Verhaltens, wie wir in den beiden vorangegangenen Abschnitten gesehen haben, nun einmal nicht. Allein ein etwa vorhandenes und mitgeteiltes subjektives »Gefühl«, willentlich zu steuern, reichte für eine von außen, also objektivierend erfolgende Zuschreibung einer solchen Fähigkeit nicht hin. Dies veranschaulicht ein Fall des BGH aus dem Jahr 1994:²⁶

Ein Autofahrer hatte mit seinem Auto zunächst mehrere Menschen angefahren, die sich größtenteils auf Fußgängerüberwegen befanden, war schließlich von der Fahrbahn abgekommen und dann gegen ein Hindernis gerast. Zur Unfallursache befragt, gab er an, das Gaspedal sei nicht aus einer durchgetretenen Position hochgekommen, obwohl er mehrfach daraufgetreten habe, auch die Bremse, die er zu betätigen versucht habe, habe nicht funktioniert und sei hart wie Beton gewesen, der Versuch auszukuppeln sei ebenfalls gescheitert und er habe schließlich das Fahrzeug bewusst gegen einen Ampelmast gelenkt, um weiteren Schaden zu verhindern. Tatsächlich aber hatte er infolge einer Hirnverletzung einen epileptischen

²⁴ Siehe AG Castrop-Rauxel DAR 1965, 330, 331; so auch *Luff*, Der öffentliche Gesundheitsdienst 1957, 154, (157). Weitere Nachweise bei *Detlefsen* (Fn. 9), 143 ff., 159 ff., 187 ff.

²⁵ Obwohl auch hier der Begriff »Reaktionszeit« verwendet wird, ist also nicht die Zeit gemeint, die beispielsweise ein Sportler benötigt, um auf einen Startschuss zu reagieren, sondern die Zeit, die benötigt wird, damit eine willkürliche (und damit zurechenbare) Reaktion erfolgen kann; ausf. *G. Merkel*, ZStW 119 (2007), 214 (244).

²⁶ BGHSt 40, 341.

Anfall erlitten. Seine Frau, die neben ihm auf dem Beifahrersitz gesessen hatte und eine weitere Zeugin, die sich auf seiner Motorhaube befand, nachdem er sie angefahren hatte, sagten übereinstimmend aus, er habe vollkommen regungslos mit durchgedrücktem Gaspedal dagesessen und starr nach vorne geblickt, auch auf Zurufe habe er nicht reagiert.²⁷

Der BGH hat es als erwiesen angesehen, dass der Angeklagte zum Unfallzeitpunkt »mangels willensmäßiger Steuerung oder Beherrschbarkeit« nicht gehandelt hat.²⁸ Denn Verhaltensweisen während eines epileptischen Anfalls, wie hier das starre Durchdrücken des rechten Beines, gelten eben mangels willentlicher Steuerbarkeit als rechtlich nicht relevant.²⁹ Sie sind damit schon keine Handlungen, also auch kein Unrecht, und ihre Strafwürdigkeit wird nicht erst bei der Schuld verneint. Im Übrigen hat der Senat des BGH nicht im mindesten bezweifelt, dass der Bericht des Angeklagten über die subjektive Wahrnehmung seiner zahlreichen Handlungen, mit denen er das Unheil habe abwenden wollen, glaubhaft gewesen ist. Eben darauf kommt es jedoch nicht an. Treten also objektiv nachweisbare Umstände in Widerspruch zur noch so glaubhaften Darlegung subjektiven Erlebens, dann werden sie, nicht das letztere, der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt.

Gleiches gilt in Bezug auf Feststellungen nach § 20 StGB. Ein Schizophrener könnte noch so sehr darauf beharren, dass er sich zum Tatzeitpunkt frei dazu entschlossen habe, der Stimme zu folgen, die ihn anwies, einen Menschen zu verletzen. Fällt die Tatbegehung in den Zeitraum eines schizophrenen Schubs und damit in den Rahmen dessen, was vom Täter nur während eines Anfalls zu erwarten ist, dann wird er für schuldunfähig »bei Begehung der Tat« erklärt. Das Erleben einer Willenssteuerung oder von Entscheidungsfreiheit reicht deshalb zwar für die *Selbstzuschreibung* einer Handlung aus, nicht jedoch für eine rechtliche *Fremdzuschreibung*.³⁰ Ein Freiheitsbegriff, der sich auf das vermeintlich evidente Erleben eines kausal wirkenden Willens stützt, ist im Übrigen auch heftiger Kritik aus der Philosophie ausgesetzt.³¹

²⁷ Siehe LG Stuttgart – 5 KLS 330/93 v. 2.5.1994, 26 ff.

²⁸ Wie Fn. 26. Allerdings lag die Annahme einer Fahrlässigkeitstat nahe, weil der Angeklagte trotz Kenntnis seiner Krankheit weiterhin mit dem Auto fuhr. Anknüpfungspunkt für die strafbare Handlung ist dann aber nicht das unmittelbare Unfallgeschehen, sondern der *Beginn* der später tragisch zu Ende gegangenen Autofahrt.

²⁹ Die strafrechtliche Irrelevanz solcher Verhaltensweisen lässt sich indes auch unter Verzicht auf das fragwürdige Kriterium der »Willenssteuerung« begründen; dazu G. Merkel, ZStW 119 (2007), 214 (245 ff.).

³⁰ Anders Burkhardt mit dem Kriterium des subjektiven Freiheitserlebens, in: FS Lenckner, 1998, 3 (21); vgl. auch ders., in: Maasen/Prinz/Roth (Hrsg.), Voluntary Action, 2003, 238 ff.; zustimmend Dölling, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2007, 59 (61); ablehnend Hillenkamp, JZ 2005, 313 (320); Hochbuth, JZ 2005, 749; Jakobs, ZStW 117 (2005), 247 (264 Fn. 56); Seelmann, in: Senn/Puskás (Hrsg.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, 2006, 91 (98).

³¹ Siehe nur Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Nr. 613 ff.; dazu Wuchterl, Struktur und Sprachspiel bei Wittgenstein, 1969, 165 f.; aber auch schon Schopenhauer, Die beiden Grundprobleme der Ethik, in: Sämtliche Werke IV, 1938, 42 ff., der seinerseits auf 200 Jahre

Dennoch bleibt die Verwendung einer Terminologie, die Handlungen und deren Ursprung einem erlebenden Subjekt zuschreibt,³² selbstverständlich auch vor dem Hintergrund eines »deterministischen« Weltbildes sinnvoll. Wer oder was, wenn nicht »ich« soll denn sonst (zum Beispiel) diesen Text schreiben? Der Vorschlag, die Wendung »ich« durch »mein Gehirn« zu ersetzen, wäre ein sog. Kategorienfehler, nicht anders als etwa die Annahme, wir könnten vor dem Hintergrund neuronaler Determination keine rechtlich wirksamen Willenserklärungen mehr abgeben (näher dazu unten III 1). Eine solche kategoriale Verwechslung hätte außerdem ziemlich skurrile Implikationen: »Mein« (wessen?) Gehirn kann ja nicht einmal die Tasten des Rechners anschlagen und hätte im Übrigen auch nichts zu sagen oder schreiben.

Für eine *rechtliche* Zuschreibung von Verantwortlichkeit reichte meine private Sicht dennoch nicht aus. Vielleicht würde ich ja das Schreiben dieses Textes mit der gleichen Emphase behaupten, wenn ich beim Schreiben unter Hypnose stünde und der Text mir von außen diktiert würde. Sollte ich dann zum Beispiel Beleidigungen von mir geben, dürfte ich vor dem Hintergrund des geltenden Rechts von einem Richter, dem diese Umstände bekannt wären, erwarten, dass er die von mir behauptete Freiheit meines Tuns verneinte. Aus diesem Grunde können kompatibilistische Ansätze, die eine Selbstzuschreibung von Freiheit auch für die Fremdzuschreibung genügen lassen wollen, weder die Schuld- noch eine sonstige rechtliche Zurechnung befriedigend begründen.³³

Selbst im Bereich der sog. subjektiven Tatseite, also dort, wo der »Wille« im Recht seine spezifische Qualität bekommt, setzt sich in der Rechtswissenschaft seit einiger Zeit die Auffassung durch, dass die tatsächlichen Feststellungen für die Zurechnung sich insgesamt aus einer normativ-empirischen, also objektiven Analyse der Tatsituation ergeben und nicht aus einer Erforschung »reiner Subjektivität«.³⁴ Hier hat Herzberg mit seinen Erörterungen zur (un-)abgeschirmten Gefahr einen wichtigen

philosophisches Denken verweist; dazu *Grün*, in: Roth/Grün (Hrsg.), *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2006, 89 (97 ff.).

³² Nach *Schünemann* das Kriterium, aus dem sich eine »gesellschaftliche Realität der Willensfreiheit« ableiten lässt; s. in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, 153 (163 ff.).

³³ Problematisch sind deshalb philosophische Thesen, die auf ein Übereinstimmen von Entscheidungen mit den Wünschen, Präferenzen etc. oder lediglich auf einen »inneren« Abwägungsprozess abstellen, vgl. dazu nur *Frankfurt*, *Freiheit und Selbstbestimmung*, hrsg. v. Betzler/Guckes, 2001, 65 ff.; *Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 2001, 54 ff., 370, 381 ff.; *Pauen*, in: Hermann/Koslowski (Hrsg.), *Der freie und der unfreie Wille*, 2002, 79 ff.; *ders.*, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, 2004, 59 ff.; *Beckermann*, in: Köchy/Stederoth (Hrsg.), *Willensfreiheit als interdisziplinäres Problem*, 2006, 298 ff. Zur Schuldtheorie Burkhardts siehe bei und in Fn. 30.

³⁴ Damit nähert sich die Strafrechtstheorie ein Stück weit wieder dem germanischen Recht an, das den Willensbegriff (und auch den Zufall) nicht kannte und sich an dem vertypten Gesamtbild der Tat orientierte (dazu *Brunner*, *Über absichtslose Missethat im altdutschen Strafrechte*, ca. 1887, 10), ohne dass wir aber zugleich auch dessen weite Zufallshaftung übernehmen.

Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit geleistet.³⁵ Auf das »Auffinden« privat-subjektiver Aspekte in der Person des Täters, ob also beispielsweise sein Wollen mit seinem Wünschen übereinstimmt,³⁶ muss ohnehin verzichtet werden: Es wäre für den Richter ein aussichtsloses Unterfangen.

Wir sehen also, dass Erfahrungssätze jedenfalls für bestimmte normative Feststellungen, wie die, dass ein Verhalten vermeidbar war, von Bedeutung sind. Deshalb setzt auch der Satz, ein Täter habe Schuld, die Validität bestimmter empirischer Annahmen voraus. Sehen wir uns also an, welche ersten Folgerungen für den Schuldbegriff des § 20 sich daraus gewinnen lassen.

5. Konsequenzen für den ethischen Schuldbegriff und für § 20

Weil die Strafe im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme auch auf *Repression und Vergeltung* abziele, darf es dem BVerfG zufolge ohne Schuld keine Strafe geben. Es sei ein strafrechtlicher *Vorwurf* im Sinne eines *ethischen* Vorwurfs erforderlich. »Andernfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat.«³⁷ Einen ethischen Vorwurf wird man aber nur begründen können, wenn der Täter sich auch für das Recht hätte entscheiden können, also Steuerungsfähigkeit in dem Sinne besaß, dass er sich auch *tatsächlich* rechtmäßig hätte verhalten können.³⁸

Dies setzte voraus, dass der Täter auch einen anderen *handlungswirksamen* Willen hätte bilden können. Wie wir gesehen haben, zieht die Rechtsprechung sowohl bei der Frage der Handlungswirksamkeit des Willens im Straßenverkehr als auch generell bei der Feststellung des Fehlens einer Willenssteuerung objektiv-empirische Fakten heran. Die Unfähigkeit zur willentlichen Handlungssteuerung ist dann natürlich weder eine rein normative Beschreibung noch ein Faktum allein der Introspektive. Wird die Unfähigkeit zur Willenssteuerung also immer dann bejaht, wenn ein bestimmter Kausalzusammenhang *empirisch* nicht aufweisbar ist, dann muss ein positiver Begriff von Willenssteuerung diesen empirisch-kausalen Zusammenhang als Minimum zwingend voraussetzen. Aus (natur-)wissenschaftlicher Perspektive wird die von der Rechtsprechung angenommene kausale Verursachung einer Bewegung durch einen immateriellen Willen indes als Trugschluss entlarvt. Weil die Annahme, ein immaterieller Wille könne das Verhalten in irgendeinem empirischen Sinne initiieren oder kontrollieren, nach menschlichem Ermessen auch höchst unplausibel ist, verlangt der ethische Schuldbegriff von *jedem* Täter zur Vermeidung der Bestrafung – soweit man das heute sagen kann – schlicht Unmögliches. Dadurch

³⁵ S. Herzberg, JuS 1986, 249 ff.; zuletzt in: FS Schwind, 2006, 317 ff.

³⁶ S. Frankfurt (Fn. 33).

³⁷ BVerfGE 20, 323 (331); s. auch E 17, 125 (132); 80, 109 (121).

³⁸ Siehe bei und in Fn. 2 sowie Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 46.

würde eine (auch) vergeltende Bestrafung³⁹ insgesamt rechtsstaatswidrig (*ultra posse nemo obligatur*).

Für den Schuldausschluss nach § 20 sind *positive* Feststellungen zur Steuerbarkeit des Verhaltens allerdings nicht erforderlich. Der Gesetzgeber knüpft mit der Formulierung des § 20 lediglich an empirisch feststellbare Defekte an. Empirisch nachweisbar sollen also der Defekt und eine dadurch hervorgerufene Beeinträchtigung sein. Der Richter muss deshalb im Zweifelsfall nur feststellen, dass der Angeklagte ein geistiges Defizit hatte, dessentwegen die Fähigkeit zur Unrechtseinsicht oder die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, für ausgeschlossen erklärt werden darf.⁴⁰ Die Rechtspraxis kann aufgrund der Formulierung des Gesetzestextes also sowohl die Fähigkeit, einen anderen Willen zu bilden (Willensfreiheit) als auch die Fähigkeit, sein Verhalten dem Willen entsprechend auszurichten (Willenssteuerungsfähigkeit) voraussetzen. Dem Richter obliegt nurmehr die *normative* Feststellung, dass eine dieser Fähigkeiten, im Einzelfall also auch die zur Willenssteuerung, ausgeschlossen ist – so jedenfalls will es der Gesetzgeber.

Genau deshalb, weil der Gesetzgeber Willensfreiheit für die Schuld voraussetzt, hat § 20 trotz der Unplausibilität eines starken Willensfreiheitsbegriffs als Gegenstand des Rechts auch einen Bereich direkter Anwendung. Frister schlägt dagegen vor, § 20 analog anzuwenden, weil »die Willensfreiheit (...) kein Gegenstand theoretischer (...) Erkenntnis«, die Handlungssteuerungsfähigkeit aber nicht Regelungsgegenstand des § 20 sei. § 20 sei daher regelungslos und deshalb analogiefähig.⁴¹ Wenn der Gesetzgeber aber *de facto* voraussetzte, dass alle Menschen fliegen könnten, und nun normativ festlegte, dass dies für rothaarige Menschen nicht gelten solle, dann wäre das der Sache nach aus heutiger Sicht zwar absurd, schüfe aber allemal einen Regelungsbereich. Eine Regelungslücke entstünde nur dann, wenn man von einem anderen Menschenbild ausginge. Denn wenn man annähme, dass niemand fliegen kann, dann liefe die Regelung natürlich leer. Davon, dass es keine Willensfreiheit gibt, geht der Gesetzgeber, wie sich aus § 20 zweifelsfrei ergibt (oben II 1), aber nicht aus, und dass es Willensfreiheit gibt, gilt es gerade *nicht* festzustellen.

Die gesetzliche Regelung des § 20 scheint also in Anbetracht der Befunde der Neurowissenschaften zunächst »nur« generelle Schwierigkeiten mit Blick auf die Legitimation der Strafe aufzuwerfen. Denn ohne eine reale Möglichkeit zum Andershandelnkönnen werden (auch) vergeltende Strafen immerhin fragwürdig, nach

³⁹ Nach der herrschenden »Vereinigungstheorie« wird mit der Strafe sowohl Vergeltung als auch Prävention bezweckt.

⁴⁰ Der Ausschluss der Willenssteuerungsfähigkeit reicht, wie wir gesehen haben, aber auch ohne geistiges Defizit hin, die Unvermeidbarkeit des Handelns zu begründen (siehe im vorangegangenen Abschnitt).

⁴¹ Frister, Die Struktur des »voluntativen Schulselements«, 1993, 18, 166 u. 169; zustimmend Lindemann, in: Barton (Hrsg.), »... weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!«, 2006, 343 (357).

Auffassung des BVerfG gar verfassungswidrig. Die herrschende Lehre in der Strafrechtsliteratur meint indes, es bedürfe zur Legitimation der Strafe keines ethischen Schuldvorwurfs, sondern nur eines »rechtlich-sozialen Tadels«.

III. Handlungsfreiheit, Schuld und Strafe

Die Anforderung an die individuelle Schuld des Täters wird von der herrschenden Lehre so weit zurückgenommen, dass der rechtlich-soziale Tadel offenbar der Reaktion auf ein zivilrechtliches Verschulden gleichkommen soll. Anstatt zu sagen, »A hat sich eines Totschlags schuldig gemacht«, wäre deshalb der plausiblere Sprachgebrauch, »A hat den Tod eines anderen Menschen verschuldet« oder »(...) zu vertreten«; man würde ja schließlich auch nicht sagen, »A hat sich einer mangelhaften Reparaturleistung schuldig gemacht«. Wer dagegen einwendet, eine schlechte Reparatur sei aber nun einmal etwas anderes als der Bruch einer Strafrechtsnorm, der übersieht, dass das individuelle Maß des Dafürkönnens *bei diesem Schuldbegriff* ja gerade das gleiche sein soll. Prononciert werden müssten deshalb die objektiven Tatumstände und nicht, vermittelt über eine unterschiedliche Begriffsverwendung von Verschulden und Schuld, das Maß des Dafürkönnens. Ein »Andershandelnkönnen« kann dann – entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch – vorausgesetzt werden, wenn der Täter handlungsfrei war, also weder äußere noch innere Zwänge vorlagen. Ein so herabgestufter Verschuldensbegriff mag für das Zivilrecht eine probate Lösung bereithalten, ob er aber auch staatliche Bestrafung zu legitimieren vermag, ist, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, höchst zweifelhaft.

1. Zurechnung und Fairness

Zu den primären Funktionen des Rechts gehört die Festlegung rechtlicher Verantwortung bzw. Zuständigkeit. Daraus resultiert die Autonomie, innerhalb von bestimmten Zuständigkeitsbereichen Entscheidungen zu treffen (das nennt man auch *normative Freiheit*⁴²), sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind. So hängt die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung dafür, wirksame Willenserklärungen abgeben zu können, von der Entwicklungsreife und Fähigkeit einer Person ab, den normativen und tatsächlichen Kontext ihres Verhaltens zu erfassen. Dies sind die entscheidenden Voraussetzungen, wenn es um die Nichtigkeit von Vertragsabschlüssen nach § 105 oder um den Ausschluss deliktischer Haftung nach § 827 BGB geht. Vom Gesetzgeber verwendete Beschreibungen wie »die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand« (§§ 104 Abs. 2, 827 BGB) sind zwar irre-

⁴² S. Kelsen: »Dem Menschen wird nicht darum zugerechnet, weil er frei ist, sondern der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird« (Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, 102). So u.a. auch Roxin, ZStW 96 (1984), 641 (650 f.).

führend, meinen in der Sache aber nichts anderes als das Nichtvorhandensein der genannten Wirksamkeitsvoraussetzungen. Wird beispielsweise ein Vertragspartner wegen eines geistigen Defizits für nicht geschäftsfähig befunden, dann wird er für nicht kompetent erklärt, Verträge zu schließen. Das gleiche würde gelten, wenn ihn jemand zu einer Unterschrift zwänge, indem er seine Hand mit Gewalt führte. Erst wenn also äußerer Zwang die Erklärung beeinflusst oder der Betreffende die Bedeutung oder Tragweite seiner Erklärung nicht versteht, kann deren Wirksamkeit zurückgenommen werden. Ob der Entscheidung, einen Vertrag abzuschließen, ihrerseits determinierte Hirnprozesse zugrundeliegen, ob sie also auch anders hätten ausfallen können, interessiert dabei nicht. Das Recht setzt folglich im Bereich der Zuständigkeit für den eigenen Organisationsbereich und damit für das Kriterium der Autonomie keine Willens-, sondern Handlungsfreiheit voraus.⁴³

Mit § 829 BGB kennt das Zivilrecht auch eine Haftung von Geschäftsunfähigen. Der BGH für Zivilsachen hat eine solche »Billigkeitshaftung« beispielsweise im Fall eines wegen einer Hirnblutung ohnmächtig gewordenen Autofahrers bejaht.⁴⁴ Das braucht nicht zu verwundern, beruht das Zivilrecht doch auf dem Prinzip der fairen Verteilung von Lasten, Vorteilen und Risiken, hat also mit fairen Prinzipien zwischen *Individuen* und nichts mit dem Verhältnis zwischen Bürger und Staat zu tun. Für Fragen der Schadenskompensation ist also nicht die Vermeidbarkeit im Sinne eines Andershandelnkönnens das entscheidende Kriterium; vielmehr wird eine Risiko- und Lastenverteilung vorgenommen, zu der in engen Grenzen auch Rücksichten gegenüber geistig Kranken und Kindern gehören. Aus diesem Grund kann das Zivilrecht auch eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung statuieren. Normative Zurechnungsprinzipien können hier deshalb sowohl an äußeren als auch an inneren Zwängen wie Phobien oder Zwangsneurosen anknüpfen (sog. negative Handlungsfreiheit).

Anders stellt sich die Situation allerdings in einem oft zitierten und offenbar aus der Antike stammenden Beispiel einer Strafverhandlung dar: Vor einem Gericht in Athen, so heißt es, verteidigte sich einmal ein Dieb mit den Worten: »Es ist mir vom Schicksal vorherbestimmt gewesen zu stehlen.« Worauf ihm der Richter entgegnet haben soll: »Mag sein, aber auch, Prügel dafür zu bekommen.«⁴⁵ Diese Antwort scheint zunächst als logische Konsequenz aus dem Vorbringen des Angeklagten zu folgen, sie ist aber in einer genau benennbaren Hinsicht widersprüchlich: Denn wollte der Richter sagen, dass sich in Anbetracht der Determination allen Verhaltens die Kategorien von Recht und Unrecht auflösten, dann wäre er selber kein Richter mehr gewesen und hätte deshalb auch nicht die Befugnis gehabt, Sanktionen zu verhängen. Der Dieb (der ebenfalls keiner mehr gewesen

⁴³ So auch *Jakobs*, Das Schuldprinzip, 1993, 34 f.; *Heun*, JZ 2005, 853, zur Wahlberechtigung und zur Geschäftsfähigkeit; *Burkhardt*, in: Senn/Puskás von Steiner (Hrsg.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, 2006, 83 (86).

⁴⁴ BGHZ 23, 90 ff.

⁴⁵ *Reemtsma*, Der Spiegel 31 (2007), 118; vgl. auch *Schünemann*, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems 1984, 153 (166); *Günther*, KJ 2006, 116; *Hochbuth*, JZ 2005, 745 (746).

wäre) hätte nach der Erwiderung aufstehen und diesem Menschen, der ihm seine Zeit gestohlen hatte, Prügel versetzen können, anstatt sie zu beziehen. Wollte der Richter dagegen Recht sprechen, dann war offensichtlich auch er der Auffassung, der Angeklagte habe ganz unabhängig von seiner Unfreiheit Unrecht begehen können. Wenn wir nun aber auf die Rechtmäßigkeit des richterlichen Handelns blicken, dann könnte die *normative* Behauptung des Richters (er *dürfe* bestrafen) falsch sein. Denn wenn der Richter vor dem Hintergrund dieser Unfreiheit nicht hätte bestrafen dürfen (und hier besteht Unklarheit!), dann hätte er sich natürlich ins Unrecht gesetzt. Die Verteidigung des Diebes ist deshalb richtigerweise so zu verstehen, dass er nicht behauptete, nicht gegen das Gesetz verstoßen (sich rechtmäßig verhalten) zu haben, er bestritt nur, dass er dafür etwas gekonnt habe, und damit die *Legitimität* seiner Bestrafung. Das ist aber alles andere als widersprüchlich. Denn dass wir als Individuen determiniert sind, besagt ja nichts mit Blick auf Zuschreibungen, die auch unter der Voraussetzung der Unvermeidbarkeit allen Handelns plausibel und begründbar sind.

Mit der dem Richter eingeräumten Kompetenz, eine verbindliche Sanktion anzuordnen, liegt zugleich ein Weiteres auf der Hand: Zwischen Angeklagtem und Richter geht es offensichtlich überhaupt nicht um die Verteilung von Rechten und Pflichten – also auch nicht um deren »faire Verteilung« –; vielmehr geht es um die Reaktion darauf, dass *vorher* vom Angeklagten Rechte und Pflichten verletzt wurden; es geht also um die Fairness *der Reaktion*. Weil das Strafrecht nicht das Verhältnis von Bürgern untereinander regelt, sondern das zwischen Staat und Bürger, muss der Staat die Erforderlichkeit dieses Vorgehens *gegen den Einzelnen* begründen können. Es kann deshalb nicht – jedenfalls nicht ohne weiteres – behauptet werden, es sei die fairste Lösung, den Angeklagten zu bestrafen. Heikel wird die Zurechnungs- und Verantwortungsfrage also erst und ausschließlich dann, wenn mit ihr eine gegen den Einzelnen gerichtete Übelszufügung wie die Strafe verbunden ist. Die Legitimationsprobleme, die hier durch die Ergebnisse der Hirnforschung entstehen, sollen im Folgenden an einem Beispielsfall veranschaulicht werden.

2. Die Ausschlussgründe des § 20 und der Geist-Gehirn-Dualismus

Das Wissenschaftsmagazin »New Scientist«⁴⁶ berichtete im Oktober 2002 über einen Lehrer, bei dem pädosexuelle und andere auffällige sexuelle Neigungen mit der Entstehung eines Hirntumors auftraten. Ganz offensichtlich wegen dieses Tumors, auch nach dessen rezidivierender Rückkehr einige Monate nach seiner ersten operativen Entfernung, sammelte der Lehrer pornographisches Material, traf sich mit Prostituierten, versuchte sich mit Kindern zu verabreden, drängte sich den Frauen in seiner Umgebung sexuell auf und äußerte sogar einmal die Befürchtung, er könnte seine Vermieterin vergewaltigen. Dabei war ihm das Unrecht sei-

⁴⁶ New Scientist vom 21.10.2002.

nes Verhaltens vollkommen bewusst. Vor der Entstehung des Tumors und nach dessen endgültiger Entfernung, verhielt sich der Betroffene dagegen unauffällig.

Bei der Frage nach der Schuldfähigkeit dieses Lehrers, müsste sich der (deutsche) Strafrichter an den Erkenntnissen der jeweiligen Fachwissenschaften orientieren, um feststellen zu können, ob ein von § 20 genanntes Defizit zum Zeitpunkt der Tatbegehung das Täterverhalten relevant beeinflusst hat. Im Falle des Lehrers würden ihm also Neurologen erklären, welche Hirnareale der Tumor beeinträchtigte und welche Verhaltensänderungen damit einhergehen können. Der Sachverhalt legt nahe, dass die Hirnprozesse des Lehrers in einer Weise gestört wurden, die eine deviante sexuelle Neigung, verbunden mit einem gesteigerten sexuellen Antrieb hervorrief. Diese Erklärung würde also nicht den Tumor als eigentliche Störung identifizieren, sondern genau genommen die (von diesem beeinträchtigten) anderweitigen Gehirnprozesse des Täters. Denn man sieht unschwer, dass allein der Hinweis auf den Tumor keine vollständige Erklärung liefert, also keinen Sachverhalt beschreibt, der es dem Richter ermöglichen würde, die Steuerungsfähigkeit des Täters zu beurteilen. Mit dem Hinweis auf die beeinträchtigten Hirnprozesse und ihre Funktionen für das Verhalten würde ein Richter bei der geschilderten Sachlage dagegen vermutlich annehmen, dass es dem Betroffenen wegen dieser Beeinträchtigungen nicht möglich war, sich rechtmäßig zu verhalten. In den Begriffen des § 20 wäre der Täter wegen einer krankhaften seelischen Störung unfähig gewesen, nach seiner Unrechtseinsicht zu handeln.

Würde dagegen ein wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern Angeklagter Aufnahmen von seinem Gehirn vorlegen, die auf eine ähnliche neuronale Störung wie bei dem Lehrer unseres Falles hindeuteten, allerdings ohne Tumor, und gäbe es neben der unsichtbaren neuronalen Aktivität keine sichtbaren physiologischen Differenzen zum Normalfall, dann wäre ein solcher Täter nach der derzeitigen Rechtspraxis für die Tat in gleicher Weise verantwortlich wie jeder »normale« andere auch. Allenfalls § 21 StGB fände ausnahmsweise Anwendung. Während also einmal die Tatbegehung mit dem *Hirnzustand* eines Täters erklärt wird, sieht man ein anderes Mal in der schlechten *Persönlichkeit* des Täters den Grund für die Tat. Jenen Täter exkulperte man wegen seiner Hirnfunktionen, diesem würde man auf seinen Einwand, die gleiche Fehlfunktion zu haben, allenfalls entgegenhalten: Gerade *weil* Dein Hirn so (schlecht) funktioniert, wiewohl es physiologisch gesund ist, machen wir Dich ja für die Tat verantwortlich!

Allerdings sind es nicht erst die Richter, die diese Differenzierung vornehmen, offenbar wird sie schon von den psychologischen bzw. psychiatrischen Sachverständigen vorgegeben. So informieren Markowitsch und Siefer über eine Studie, in der 270 Psychiater angeben sollten, ob sie die Symptome ihrer Patienten auf geistige oder hirnfunktionale Ursachen zurückführten. Miresco und Kirmeyer von der Psychiatrischen Universitätsklinik McGill in Montreal veröffentlichten diese Studie unter dem Namen »The persistence of mind-brain dualism in psychiatric reasoning about clinical scenarios«, weil sie feststellten, dass Patienten von den Ärzten umso mehr individuelle Verantwortung für ihr Verhalten attestiert erhielt

ten, je mehr eine rein psychische Ursache vermutet wurde. Umgekehrt wurde die Verantwortung der Patienten entsprechend schwach eingestuft, wenn man die Ursache der Störung in ihrem Hirnzustand sah.⁴⁷ Auch das lange Ringen um die Ausschlussgründe des § 20 im Gesetzgebungsverfahren hatte seinen Hauptgrund darin, dass psychische Störungen nur im Ausnahmefall zum Schuldabschluss führen sollten, nämlich nur dann, wenn sie einen »empirischen« Krankheitswert erreichten.⁴⁸

Anschaulich werden diese Unterschiede in der Beurteilung auch durch die leicht verunglückte Ausdrucksweise eines Neurologen, der im Jahre 1962 ein Gutachten zur Beurteilung der Schuldfähigkeit eines Angeklagten (K) erstellt hatte. In einer Entscheidung zitiert das BVerfG hieraus auszugsweise:

»K., der aus geordneten Familienverhältnissen stammt, ist schon früh durch zahlreiche Delikte aufgefallen, anfangs waren es Verkehrsdelikte, in der letzten Zeit Betrügereien. Er selbst gibt zu, daß er, nachdem er sich selbständig gemacht habe, wenig gearbeitet habe, er habe einen schlechten Freundeskreis gehabt und viel Geld für seine Vergnügen ausgegeben, außerdem habe er viel getrunken. *Es handelt sich bei K. entweder um eine haltlose psychopathische Persönlichkeit oder um eine Hirnschädigung.* Auch dabei kommt es zu einer Enthemmung, zur mangelnden verstandesmäßigen Steuerung und zu einer auffallenden Unbekümmtheit. Da K. mehrere Gehirnerschütterungen, dabei eine erste schwere mit 6 Jahren, durchgemacht hat, besteht durchaus die Möglichkeit, daß bei einer dieser Kopfverletzungen doch eine über eine Gehirnerschütterung hinausgehende Hirnschädigung eingetreten ist.«⁴⁹

Nur für den Fall einer Hirnschädigung sollte freilich die Schuldunfähigkeit Ks in Betracht kommen. Dabei hätte es vermutlich eher heißen müssen, dass K *wegen* einer Hirnschädigung eine »haltlose psychopathische Persönlichkeit« war. Heute haben Neurowissenschaftler nämlich zahllose Belege dafür, dass die psychopathische Person mit großer Sicherheit ein (unter Umständen bereits seit frühester Kindheit) geschädigtes Gehirn mit sich herumträgt, das sie zu ihrem (regelwidrigen) Verhalten geradezu »nötigt«.⁵⁰ Das heißt nicht, dass Schädigungen des Gehirns immer kriminelles Verhalten produzierten. Aber auffällig kriminelles Verhalten, also insbesondere impulsives Gewaltverhalten, steht in statistisch signifikantem Zusammenhang mit Schädigungen des Gehirns.⁵¹ Unabhängig davon, ob Menschen sich rechtmäßig oder rechtswidrig verhalten, haben sie aber *alle* die Gemeinsamkeit, dass ihr Verhalten und ihr Handlungswille davon abhängen, wie ihr Gehirn arbeitet. Weil das Gehirn ein komplexes System ist, können als Resultat zwar viele unterschiedliche und auch unvorhersehbare Reaktionen eintreten. Weder ihre Vielfalt noch der Umstand, dass bestimmte Reaktionen zu einem Konflikt mit dem Gesetz führen und andere nicht, machen die einen Gehirnprozesse indessen freier als die anderen. Denn während wir in Bezug auf die Persönlichkeit eines

⁴⁷ Siehe bei Markowitsch/Siefer, Tatort Gehirn, 2007, 219 f.

⁴⁸ Dazu Schild (Fn. 20), § 20 Rn. 10.

⁴⁹ BVerfGE 17, 108 (110). Hervorhebungen von mir.

⁵⁰ S. Markowitsch/Siefer (Fn. 47), 137 ff.

⁵¹ S. Roth, DRiZ 2005, 357 ff.

Täters von mehr oder weniger frei reden können, ist dies mit Blick auf die Gehirnprozesse nicht möglich (oben II 2).

3. *Tatstrafrecht, Zweifelsgrundsatz und Willkürverbot*

Wenn man nun – sei es auch nur ausnahmsweise wie im geschilderten Fall des Lehrers – die Gehirnforschung zur Feststellung eines Grundes heranzieht, der die Schuldfähigkeit ausschließt, dann taucht ein offensichtliches Problem auf: Einerseits machte man den »normalen« Pädosexuellen in gewisser Weise für sein So-Gewordensein verantwortlich, nämlich genau so weit, wie in der Tat, die ihm vorgeworfen wird, eben seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Andererseits wird ein Hirnschaden infolge eines Unfalls, einer Operation oder eines Tumors als Unglücksfall oder Schicksal betrachtet. Da wir ein *Tatstrafrecht* haben und § 20 hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen deshalb auch nur auf *einen* Zeitpunkt nämlich dem der Begehung der Tat abstellt, ist diese unterschiedliche Beurteilung ein offensichtlich fragwürdiges, wenn nicht gar rechtswidriges Vorgehen. Denn beim Unglücksfall exkulpieren wir mit Blick auf eine *vor* dem Tatzeitpunkt liegende Ursache und rechnen der Persönlichkeit die Folgen dieser Ursache nicht zu. Deshalb enthält aber auch der Schuldspruch gegen den »normalen« Pädosexuellen zugleich die Zurechnung einer fehlerhaften Gehirnentwicklung, mit der die in der Tat zum Ausdruck gekommene Persönlichkeit korrespondiert und ohne die sie nicht denkbar ist. Diese Gehirnentwicklung kann aber beispielsweise auf frühkindlichem sexuellem Missbrauch beruhen, also einem Ereignis, für das das missbrauchte Kind so wenig verantwortlich ist wie ein Unfallopfer.

Die Gesellschaft erwartet allerdings, dass ein als Kind missbrauchter Erwachsener dennoch in der Lage ist, sich sozialadäquat zu verhalten. Denn obgleich niemand seine Verhaltensmuster beliebig ändern kann (beispielhaft: die narzistische Persönlichkeit wird immer wieder nach Bewunderung suchen, die zwanghafte Persönlichkeit neigt zu Pedanterie und Perfektionismus und die ängstliche Persönlichkeit wird oft überbesorgt sein), glauben die meisten, sie führten ein sozial integriertes Leben aufgrund ihrer Willensleistungen und ihres eigenen Bemühens, und erwarten deshalb von anderen, dass sie sich (ebenfalls) disziplinieren und kontrollieren können. Wir unterliegen dabei aber nicht nur einem Irrtum in Bezug auf die beliebige Steuerbarkeit unseres eigenen und unserer Mitmenschen Verhaltens, sondern wir übertragen auch unseren Verhaltensmaßstab einfach auf andere. Dabei wird zweierlei übersehen: Zum einen könnte das Verhalten und Denken anderer nur in ganz spezifischen Hinsichten festgelegt sein. Denn dass sie den Unterschied zwischen Erlaubtem und Verbotenem kennen und sich meistens sozial angepasst verhalten, heißt nicht, dass sie dies jederzeit könnten. Während aber narzistische, zwanghafte oder ängstliche Personen immerhin den relativen Vorteil haben, mit ihren Verhaltensweisen (zumeist) rechtlich unauffällig zu bleiben, mögen andere wie z.B. Pädosexuelle in einer Weise festgelegt sein, die sie immer wieder straffällig werden lässt. Zum anderen könnte das sozial abweichende Verhalten *gerade wegen einer frühen Störung*

ohne fremde Hilfe nicht mehr veränderbar sein. Von einer Persönlichkeitsstörung spricht man ja erst, wenn Denken und Handeln in spezifischen Konfliktsituationen einem starren Muster folgen. Die Forderung, dass der Pädosexuelle oder in anderer Hinsicht Paraphile⁵² in einer Gesellschaft, in der ihm brüske Ablehnung, ja Verachtung widerfährt, ohne fremde Hilfe eine Verhaltenskontrolle zu erlernen habe, durch die Straftaten vermieden werden, erscheint dann aber nachgerade lebensblind. Andererseits bliebe die *normative* Erwartung, dass Kinder nicht zu Sexualpartnern gemacht werden dürfen, ganz unabhängig davon richtig, ob wir jeden Pädosexuellen rechtlich wie den amerikanischen Lehrer mit seinem Tumor behandelten oder weiterhin so verführen wie bisher.

Haben wir jedoch Anhaltspunkte dafür, dass ein Pädosexueller zum Tatzeitpunkt die gleiche Störung seiner Hirnfunktionen aufweist wie jener Lehrer, der deshalb für schuldunfähig erklärt wurde, dann verletzen wir mit der bisherigen Vorgehensweise, die diese Exkulpation bei anderen Pädosexuellen nicht zulässt, – neben dem Gedanken des Tatstrafrechts – möglicherweise auch eines der fundamentalen Prinzipien des Strafrechts, wenn wir dennoch bestrafen: den Grundsatz in dubio pro reo.⁵³ Denn niemand muss seine Unschuld beweisen; vielmehr muss der Staat den Beweis der Schuld erbringen, damit er bestrafen darf (Art. 6 Abs. 2 EMRK).

Zwar lässt sich problemlos erklären, warum wir beiden jeweils den objektiven Bruch der Norm zurechnen und nicht anderen. Zurechnungsregeln helfen aber nicht weiter, wenn es darum geht, die Bestrafung des einen zu legitimieren, während ein anderer, dem der Bruch einer Norm ebenfalls zugerechnet wird, nicht bestraft wird. Hier darf man die Erklärung für das Täterverhalten schon deshalb nicht willkürlich einmal in der Täterpersönlichkeit und das andere Mal im Tätergehirn enden lassen, weil die Bestrafung des Einzelnen legitimiert werden muss (siehe oben 1 a. E.). Zieht man also im Einzelfall bestimmte naturwissenschaftliche Erkenntnisse für die Feststellung der Steuerungsfähigkeit heran, dann *darf* man sie in ähnlich gelagerten Fällen grundsätzlich nicht einfach ignorieren. Diese empirischen Erklärungen gehören indes zwingend zum Recht, denn die Ausschlussgründe des § 20 betreffen nun einmal auch die Funktionsweise des Gehirns.

Deshalb können und dürfen wir die Erklärungen von Neurowissenschaftlern bei der Frage der Schuldunfähigkeit nicht außer Acht lassen. Zwar gibt es eine gewisse (verhaltene) Bereitschaft unter Rechtswissenschaftlern, neuere Erkenntnisse

⁵² So wird ungewöhnliches sexuelles Verhalten mit Krankheitswert genannt. Spezifisch dafür ist, dass es Leid verursacht, weil es beispielsweise zwanghaft ist, zu sozialen Beeinträchtigungen führt oder einwilligungsunfähige Sexualpartner erfordert (z.B. Fetischismus, Pädosexualität, Sadomasochismus, Nekrophilie etc.).

⁵³ Vgl. auch *Roxin* (Fn. 38), § 19 Rn. 21: »Wenn zur Annahme von Schuld ein empirischer Befund vorausgesetzt wird, der sich prinzipiell nicht feststellen lässt, so müsste das nach dem Grundsatz »in dubio pro reo« allemal zum Freispruch führen«. Wenn ein empirischer Befund die Annahme der Schuldunfähigkeit zwingend nahelegt, der sich prinzipiell bei jedem feststellen lässt, dann müsste entsprechendes gelten.

der Hirnforschung im Rahmen des § 20 zu berücksichtigen.⁵⁴ Allerdings sind die Hirnforscher gerade den neuronalen Verschaltungen solcher Täter besonders intensiv auf der Spur, bei denen man bisher von einer besonders gewichtigen Schuld ausgegangen ist. Denn insbesondere bei Gewalttätern (hierzu zählen auch viele Sexualstraftäter) sind die Auffälligkeiten bei der Ausschüttung bestimmter Substanzen im Gehirn gut erforschbar.⁵⁵ Hirnforscher wie Gerhard Roth, Wolf Singer und Hans Markowitsch⁵⁶ äußern deshalb zu Recht ihre Irritation darüber, dass die strafrechtliche Praxis die Erkenntnisse der Hirnforschung kaum zur Kenntnis nimmt.

Das könnte sich allerdings bald ändern. Erst der immense Erkenntnisfortschritt der Hirnforschung in den letzten 20 Jahren – weitgehend bedingt durch die Entwicklung neuer bildgebender Verfahren –, konnte gewissermaßen veranschaulichen, wie Hirnprozesse mit bestimmten, rechtlich relevanten Verhaltensweisen korreliert sind. Dadurch wird der (böse) Wille und mit ihm die Schuld eines Täters aber (weiter) entmystifiziert. Denn anders als die Kindheit oder die Gene ist das Gehirn körperlich unmittelbar an der Tat beteiligt. Dies führt wie im Fall des paraphilen Lehrers nahezu zwingend zur Anwendung des § 20. Zu Zeiten, in denen man in den Kopf nicht hineinschauen konnte, wäre dagegen auch der Lehrer aus unserem Beispielfall schuldig gesprochen worden.

Das bedeutet nicht, dass der Straftäter auf sein Gehirn reduziert oder *allein* das Gehirn als ursächlich für die Tatbegehung ausgemacht würde. Es geht vielmehr darum, die zwar praktizierte, *mit Blick auf einen Schuldvorwurf* aber unsinnige Differenzierung zwischen Person und Gehirn aufzugeben. Denn natürlich lässt sich den Gehirnprozessen des einen Täters nicht mehr Verantwortung zuschreiben, als denen eines anderen. Genau aus diesem Grund müssen wir aber insgesamt überprüfen, ob sich die Rechtsfolge des § 20 an begründbare Differenzierungen anschließt oder nicht.

Obwohl das Legitimationsproblem seit langem gesehen wird,⁵⁷ mag es also erst jetzt eine Reform des Strafrechts herbeiführen. Mit Seelmann lässt sich vielleicht sagen: »Es müsste [...] über das Ausmass der Berechtigung eines sozialetischen Tadel, wie wir ihn mit Strafsanktionen erheben, unter dem Eindruck der Ergebnisse der modernen Hirnforschung noch einmal gründlich nachgedacht werden. Nicht weil die Hirnforschung uns etwas gänzlich Neues zum Thema Verantwor-

⁵⁴ S. Lüderssen, in: Duncker (Hrsg.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, 2006, 189 (203); Schild, in: Buchheim/Pietrek (Hrsg.), Freiheit auf der Basis von Natur 2007, 155 (177); Gschwend, in: Senn/Puskás (Hrsg.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, 2006, 147 (149); wohl auch Zabel, HRRS 2007, 230 (232); kritisch Streng, in: FS Jakobs, 2007, 675 (687).

⁵⁵ Wie Fn. 51; vgl. auch Streng, in: Kotsalis (Hrsg.), Willensfreiheit. Determinismus – Indeterminismus, 2005, 61 (68).

⁵⁶ S. Roth, DRiZ 2005, 357; Singer, in: Universität Frankfurt (Hrsg.), Forschung Frankfurt, 2005, 84 (86); Markowitsch, Der Spiegel 31/2007, 118.

⁵⁷ Vgl. Streng (Fn. 55), 69 f. mwN.

tung eröffnet. [...] Aber oft muss man eben etwas mehrmals hören, um darauf zu reagieren.«⁵⁸

4. Zur normativen Erklärung

Im Mittelpunkt der Bemühungen von Philosophen um einen Freiheits- und Verantwortungsbegriff steht aber, wie eingangs erwähnt, die Annahme, die Erklärungsebenen, denen Verantwortungszuschreibung einerseits und naturwissenschaftliche Erkenntnis andererseits zuzuordnen sind, ließen sich so voneinander abgrenzen, dass sich auch am traditionellen Strafrecht nichts ändern müsste. Jürgen Habermas hat unlängst formuliert, dass der Mensch und damit der Täter im Sinnzusammenhang der Sprache und der sozialen Beziehung gesehen und beurteilt wird und dass sozialwissenschaftliche und alltagspsychologische Erklärungsansätze eine Entscheidungsfähigkeit voraussetzen, die beeinträchtigt ist, während naturwissenschaftliche Erklärungen eine Entscheidungsfreiheit logisch ausschließen.⁵⁹ Rechtswissenschaftler meinen das gleiche, wenn sie die These formulieren, dass strafrechtliche Zurechnungen zu der einen, rechtlich-sozialen oder rechtlich-kommunikativen Erklärungsebene gehörten, während die Befunde der Neurowissenschaftler hinsichtlich der Determination von Gehirnvorgängen der anderen, naturwissenschaftlichen Erklärungsebene zugeschlagen werden müssten. Es ist aber nicht zu sehen, wie der Neurobiologe uns zwar darüber informieren sollte können, dass Gehirnvorgänge Verhaltensweisen gleichsam »erzwingen«, er damit aber zur Determination durch Gehirnvorgänge nichts sollte zu sagen haben. Wohl mag man sich auf Freiheitsgrade einer *Person* verständigen, aber im Strafrecht müssten solche Abstufungen mit Blick auf das Schuldprinzip eben *überhaupt* legitimierbar sein.

Deshalb lässt sich der in-dubio-Grundsatz auch nicht umgehen, indem man auf normative Wertungen ausweicht, die »Fehlschaltung« des Pädosexuellen im Gegensatz zu der des Lehrers also als nicht so schwerwiegend beschreibt, um so den Verhaltenszwang zu relativieren. Diese Differenzierung müsste nämlich ebenfalls begründet werden. Dabei könnte der vom ehemaligen Bundesrichter Theune erhobene Einwand kaum ignoriert werden, dass der Richter anhand seiner Rechtskenntnisse überhaupt nicht beurteilen kann, ob und wie sehr eine Störung den Angeklagten beeinträchtigt und damit auch, ob die Steuerungsfähigkeit hierdurch aufgehoben ist oder nicht.⁶⁰ »Art und Grad« der Störung, deren Feststellung der BGH vom Zweifelsgrundsatz erfasst sieht,⁶¹ sind hierfür nämlich die ausschlaggebenden Kriterien. Diesbezüglich wies der Lehrer in unserem Beispielsfall aber gerade keine empirisch relevanten Unterschiede zu vielen »normalen« Pädosexuellen

⁵⁸ Seelmann (Fn. 30), 102.

⁵⁹ S. Habermas, DZPhil 2006, 669 (679); ähnlich Zabel, HRRS 2007, 230 (232); kritisch dagegen Seelmann (Fn. 30), 99.

⁶⁰ Theune, ZStW 114 (2002), 300 (318).

⁶¹ BGH NSTZ 1996, 328; ausf. Schild (Fn. 20), § 20 Rn. 26 mwN.

auf. Die einzige Besonderheit bei ihm bestand darin, dass er vor der Entstehung seines Hirntumors nicht paraphil war und nach dessen Entfernung nicht mehr. Mit Blick auf die Vergangenheit des Täters darf man diesen nach § 20 allerdings nicht beurteilen, denn es geht bei der Schuldunfähigkeitsfeststellung nur um den Zeitpunkt der Tatbegehung.

Auch das Abstellen auf eine »Als-Ob«-Freiheit⁶² vermag das Problem ersichtlich nicht zu lösen. Denn es ist gerade die Frage, was uns berechtigen sollte, den »normalen« Pädosexuellen so zu behandeln, »als ob« er frei wäre, und den tumor-erkrankten Lehrer nicht. Wir können nun einmal nicht ignorieren, dass es sich jeweils (auch) um empirische Sachverhalte handelt, für die der Zweifelsgrundsatz sowie ganz allgemein das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) gilt.

Nach Jakobs könne in einem solchen Fall die Erklärung dennoch »am Täter vorbeilaufen«: Das Geschehen dürfe ausnahmsweise »psychologisiert« statt, wie regelmäßig, normativiert werden, weil die Gesellschaft bei der Beilegung straf-tatbedingter sozialer Störungen eben gerade soviel an Psychologisierung ertrage. Bei den übrigen Sexualstraftätern (ohne Hirntumor o. ä.) verlange sie hingegen, dass mit »Strafschmerz« reagiert werde.⁶³ Vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG scheinen mir die Probleme mit dem Verweis auf die Möglichkeit der Erklärung der Tat »am Täter vorbei« jedoch nicht ausgeräumt. § 20 StGB bekäme gleichsam den Charakter eines »Gnadenrechts«, über das außerhalb der Grundsätze entschieden werden dürfte, die für die ordentliche Gerichtsbarkeit gelten. Wird aber ein Täter wegen seiner ungewöhnlichen Hirnstruktur für unfähig befunden, nach seiner Unrechtseinsicht zu handeln, dann wäre es Willkür, diese Exkulpation einem anderen Täter mit der gleichen ungewöhnlichen Hirnstruktur nicht zuzugestehen.

Die Erkenntnisse der Hirnforschung, die – von der Philosophie gänzlich unbestritten – darauf hinweisen, dass die Hirnaktivitäten das Verhalten eines jeden Angeklagten zum Tatzeitpunkt festlegen, begründen außerdem einen generellen Zweifel an der Möglichkeit strafrechtlicher Schuld. Wenn im Ergebnis daraus folgte, dass das Schuldstrafrecht aufgegeben werden muss, weil – in dubio pro reo – kein Täter entsprechend seiner Unrechtseinsicht das Unrecht vermeiden kann,⁶⁴ dann handelte es sich also keineswegs um eine »Vermengung der Erklärungsbebenen und der damit korrespondierenden Semantik«,⁶⁵ sondern um die konsequente Anwendung eines Rechtsgrundsatzes. Das von einigen Rechtswissenschaftlern behauptete »non-liquet« hinsichtlich des »Vorrangverhältnisses« von Wille und Gehirn (dazu oben II 2)⁶⁶ ändert an diesem Rechtsproblem im Übrigen nichts, weil auch die Behauptung eines non-liquet den Zweifelsgrundsatz auf den Plan ruft.

⁶² So aber *Mosbacher*, JR 2005, 61 f.

⁶³ *S. Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831 (839 Fn. 34, 840). Dies ist wohlbemerkt nur eine *Beschreibung*, keine rechtliche Begründung.

⁶⁴ Vgl. – im Ergebnis freilich ablehnend – auch *Schünemann*, in: FS Lampe, 2003, 537 (553).

⁶⁵ So der Einwand von *Zabel*, HRRS 2007, 230 (232).

⁶⁶ Etwa *Hillenkamp*: »Dass es Willensfreiheit nicht gibt, ist *nicht* erwiesen [...]« (JZ 2005,

Wir sehen also, dass unser Problem mit dem Verweis auf unterschiedliche »Erklärungsebenen« keineswegs gelöst ist. Dies dürfte der Grund dafür sein, warum sofort auch auf Konsequenzen hingewiesen wird, die sich, wie man glaubt, ergäben, würde der Schuldbegriff aufgegeben. So verlöre Habermas zufolge »die Frage nach Grenzen der Verantwortung ihren Sinn«, wenn wir insgesamt die freiheitsausschließende Naturwissenschaft zugrundelegten; das Sprachspiel verantwortlicher Urhebererschaft müsste kollabieren »und als dessen Variante der Rechtsdiskurs überhaupt«. ⁶⁷ Als Folge müssten Sanktionen auf Besserungs- und Sicherungsmaßnahmen reduziert werden, weil es nurmehr um eine Kontrolle gefährlichen Verhaltens ginge. ⁶⁸ Aber daraus, dass der Rechtsdiskurs vielleicht seinen Sinn verlöre, wir sogar, wie einige behaupten, keine Verträge mehr schließen könnten, ⁶⁹ folgt ja ersichtlich weder Freiheit noch eine Legitimation strafrechtlicher Sanktionen, die Schuld und mit ihr Freiheit voraussetzen.

Richtig ist, dass wir uns nun einmal gegenseitig Verantwortung zuschreiben. Dass dies im Bereich des Zivilrechts unproblematisch ist, haben wir gesehen (oben 1), aber auch, dass ein zivilrechtsanalog abgestufter Verschuldensbegriff im Strafrecht gravierende Schwierigkeiten aufwirft. Natürlich sieht auch Habermas, dass wir immer dann, wenn uns die alltagspsychologische Ebene keine Erklärung für ein ungewöhnliches Verhalten bietet, auf der anderen, naturwissenschaftlichen Ebene nach einer Erklärung suchen. Gerade deren Erklärungen konfrontieren uns indes unausweichlich mit der Unbeweisbarkeit alltagspsychologischer Freiheitsannahmen und damit zugleich mit dem in-dubio-Grundsatz. Das Schuldstrafrecht weist damit eine Legitimationslücke auf, die man plausibel schließen müsste, wollte man auch weiterhin so verfahren wie bisher.

Zwar hält Jakobs, wie viele andere auch, eine Alternative zum Strafrecht für zwangsläufig ausgeschlossen, weil man sich mit dem Verzicht auf Bestrafung zu weit von der gesellschaftlichen Wirklichkeit entferne. Zu Recht bemerkt er, dass ein Rechtssystem nur funktioniere, wenn es von der Zustimmung der Gesellschaft getragen sei. ⁷⁰ Offenbar werden in anderen Ländern aber gleichwohl andere Sanktionsarten akzeptiert. So hatte der (vorübergehend) pädosexuelle Lehrer im obigen Beispiel (siehe III 2) die Möglichkeit, statt eines Gefängnisaufenthalts eine erfolgreiche Sexualtherapie zu absolvieren. Es ist allerdings sicher

313 [319]); vgl. auch *Lüderssen* (Fn. 54), 197; in diese Richtung wohl auch *Streng*, in: FS Jakobs 2007, 675 (684 ff.).

⁶⁷ Vgl. auch *Müller*, ZRph 2005, 26 (27); *Hillenkamp* (Fn. 20), 95; *K. Günther*, KJ 2006, 116 (128 f.); *Kiesow*, Süddeutsche Zeitung v. 3.5.2007.

⁶⁸ *Habermas*, DZPhil 2006, 669 (679). Deshalb gehen auch die Befürchtungen vieler Rechtswissenschaftler und Kriminologen dahin, dass ohne Schuld und Strafe ein System der Gefahrenabwehr etabliert werden könnte, das den Rechtsbrecher zum Objekt der Sicherheitsinteressen der Gesellschaft machen könnte; s. dazu unten bei und in Fn. 83. Solche Befürchtungen sind immer ernst zu nehmen, auch heute schon, wo sich – übrigens vor dem Hintergrund des Schuldstrafrechts – das Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft zunehmend zu Lasten des Freiheitsanspruchs des Einzelnen durchsetzt, s. auch *Lüderssen* (Fn. 54), 191.

⁶⁹ Wie Fn. 67.

⁷⁰ *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, 26 ff.

keine normative Fragestellung, was von einer Gesellschaft tatsächlich akzeptiert würde, also in ihr sozialverträglich wäre, und was nicht, und kann deshalb hier auch nicht beantwortet werden. Dass im Rechtssystem etwas Bestimmtes *de facto* getan wird, heißt jedoch noch nicht, dass es in Anbetracht höherrangiger Rechtsprinzipien auch getan werden *darf*.⁷¹ Wir wollen also im Folgenden genauer nach der Legitimation für eine Sanktionierung des (determinierten) Täterverhaltens fragen.

IV. Strafe und alternative Sanktion

Während das Zivilrecht auf Wiedergutmachung materieller Schäden abzielt, liegt der genuine Zweck der Strafe und damit des Schuldausgleichs in der Vergeltung. Viele Strafrechtler würden das zwar bestreiten. Doch scheinen sie dabei zu übersehen, dass der Begriff des Schuldausgleichs, der allgemein als konstitutives Element der Strafe bejaht wird, mit dem Begriff der Vergeltung notwendig zusammenhängt, was auch vom BVerfG betont wird.⁷² Vergeltung setzt aber ethische Vorwerfbarkeit, also ein Andershandelnkönnen und Freiheit im starken Sinne und nicht bloß Freiheit von etwas (negative Handlungsfreiheit) voraus. Soll die Strafe mit einem weniger starken Schuldbegriff legitimiert werden, dann bedarf es hierfür, wie wir gesehen haben, eines zusätzlichen Arguments.

1. Zur Begrenzungsfunktion des Schuldausgleichs

So hat Schuld (z.B.) nach Ansicht Roxins vor allem eine für den Täter günstige Funktion: Sie begrenze seine Strafe gegenüber der Alternative einer unmäßig vergeltenden Reaktion. Diese Vorteilswirkung der Strafe für den Bestraften soll sie zugleich legitimieren.⁷³ Es wird also eingewandt, dass das Heranziehen des Zweifelsgrundsatzes bei der Frage der Schuldfähigkeit dem Täter keineswegs zugute komme, also nicht *pro reo* erfolgte, weil die Behandlung des Täters als eines Unzurechnungsfähigen ihn deutlich stärker belaste als der Schuldspruch.⁷⁴

Die Auffassung, der normativ ansprechbare bzw. »vernünftige« Straftäter müsse eine andere Reaktion erfahren als der schuldunfähige, geht zurück auf Kant und Hegel, die die Legitimität einer präventiven Einflussnahme auf den Täter mittels des Strafvollzugs prinzipiell ablehnten.⁷⁵ Wenn ein Täter einer ungehemmt »vorsorgenden« Staatsgewalt ausgeliefert wäre, sobald man auf den

⁷¹ Kritisch auch *Streng* (Fn. 55), 73. Siehe dazu auch das Beispiel vom Richter und Angeklagten (oben III 1).

⁷² BVerfGE 20, 323 (331), s. bei Fn. 37.

⁷³ *Roxin* (Fn. 38), § 3 Rn. 51–55.

⁷⁴ S. auch *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, 376, 380 f. Ablehnend *Schild* (Fn. 20), § 20 Rn. 27.

⁷⁵ *Kant*, Metaphysik der Sitten/Rechtslehre, Akademie Ausgabe VI, 1797/1907, 331 f.; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 100 Anm.

Schuldgrundsatz verzichtete,⁷⁶ spräche natürlich viel dafür, Straftäter nicht durchgängig zu exkulpierten. Der Schuldgrundsatz wäre dann eng mit Art. 1 GG, also der Menschenwürde, verknüpft. Allerdings ist schon die begrenzende Funktion der Schuld mit Blick auf die Dauer der Strafe nicht »beweisbar« und damit das Heranziehen von Art. 1 Abs. 1 GG für die Legitimation der Schuldstrafe zur Errichtung einer objektiven Wertordnung nicht statthaft.⁷⁷ Ein Grundrecht des Bürgers, das primär der Abwehr staatlichen Handelns dient, kann nämlich nur dann einen staatlichen Eingriff legitimieren, wenn sich dessen Vorteil auch nachweisen lässt. Indes ist nicht nur der Maßstab der Verhältnismäßigkeit, der für das Maßregelrecht gilt, sondern auch das Maß der Schuld durchaus variabel und damit keineswegs unabhängig von temporären gesellschaftlichen Vergeltungsbedürfnissen. Im Dritten Reich konnte beispielsweise die Todesstrafe wegen Nichtigkeiten verhängt werden.⁷⁸ Auch wenn damals im Strafrecht mit Begriffen wie »Volkswohl« operiert wurde, hatte das Schuldprinzip natürlich weiterhin Gültigkeit. So konnte das unklare Verhältnis zwischen Schuld und Prävention im Dritten Reich primär einem totalitären Machterhalt und nicht der Aufrechterhaltung einer *Rechtsordnung* dienen. Weil vor allem auch der Abwertung psychisch kranker oder beeinträchtigter Menschen eine klare Absage für die Zukunft erteilt werden sollte, steht Art. 1 GG seit seinem Inkrafttreten 1949 in einem rechtlichen Spannungsverhältnis zum Schuldprinzip. Denn dieses lässt eine qualitative Unterscheidung zwischen Menschen zu, die der oberste Verfassungsgrundsatz gerade verbietet. Selbstverständlich haben auch und gerade psychisch schwer beeinträchtigte Menschen eine Menschenwürde, die es zu achten gilt.⁷⁹ Dies widerspricht aber ersichtlich der Annahme, nur durch das Schuldprinzip werde die Würde eines Menschen geachtet. Abgesehen davon, ist die begrenzende Funktion der Schuld jedenfalls bei schweren Gewaltverbrechen durch

⁷⁶ In diesem Sinne K. Günther, KJ 2006, 116 (130), Hillenkamp, JZ 2005, 313 (317), der einen prinzipiell unbegrenzten staatlichen Zugriff schon bei geringfügigeren Vergehen ohne Schuldprinzip prognostiziert; vgl. aber BVerfGE 70, 297 (311 ff.). Konfus indes Czerner, der auf den nach Polizeirecht möglichen »finalen Rettungsschuss« verweist. Weil dieser sich nicht an der Schuld orientiert, bedeuten präventive Maßnahmen nach Ansicht Czerners offenbar einen ungleich stärkeren Eingriff in die Rechte der Betroffenen (s. Archiv für Kriminologie 2006, 129 [130]). Dieser Schuss setzt aber einen Angreifer und damit rechtlich wie auch faktisch eine völlig andere Situation als die des Täters im Strafverfahren bzw. Strafvollzug voraus. Zu Recht kritisch zur Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Maßregelrecht mit Blick auf Gefährlichkeitsprognosen aber Kinzig, JR 2007, 160 (167).

⁷⁷ Ausf. Detlefsen (Fn. 9), 105 ff.

⁷⁸ So hat der damalige Staatsanwalt Eduard Dreher mit Nachdruck Todesstrafen schon wegen Nichtigkeiten beantragt z.B. wegen Diebstahls eines Fahrrads und etwas Speck; s. Müller, Furchtbare Juristen, 1987, 214; Klee, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, 2005.

⁷⁹ Höchst problematisch mit Blick auf eine etwaige »Willensfreiheit« als Voraussetzung für strafrechtliche Schuld deshalb die Formulierung des BVerfG, Art. 1 liege »die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und zu entfalten« (E 45, 187 [227]; s. auch BVerfG, JR 2007, 160 [161]); ausf. Detlefsen (Fn. 9), 99 ff.

die Möglichkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung bereits weitgehend obsolet geworden.⁸⁰

Allerdings meint die mit dem Maßregelrecht angestrebte »Besserung« nun einmal nichts anderes, als aus dem Rechtsbrecher einen im Sinne der Normenordnung »besseren« Menschen zu machen, ihn also zukünftig anders zu motivieren. Das bedeutet in einem mehr oder weniger großen Umfang eine Veränderung der Persönlichkeit des Rechtsbrechers. Man sollte deshalb zwei Aspekte der Begrenzung strikt trennen: Hinsichtlich der *Dauer* einer Sanktion vermag das Schuldprinzip keine nachweisbare Schranke zu setzen. Die traditionellen Strafarten – Geld- und Freiheitsstrafe – sind aber gleichwohl geeignet, vor staatlicher *Umerziehung* zu schützen, weil sie für Besserungszwecke weitgehend ungeeignet sind (in vielen Fällen trifft eher das Gegenteil zu).⁸¹ Im Gefängnis können die Tage schlicht »abgesehen«, kein Insasse darf zur Arbeit, zu Fortbildungsmaßnahmen oder einer Therapie gezwungen werden. Damit wohnt der Gefängnisstrafe eine Begrenzung inne, die tatsächlich verhindert, dass der Verbrecher im Interesse der Gesellschaft gleichsam zum besseren Menschen zwangserzogen wird.

Man sieht, dass sich die »begrenzende Funktion« des Schuldprinzips historisch nicht bestätigen lässt.⁸² Legitimiert durch eine begrenzende Funktion würde nach dem Gesagten ohnehin nicht das Schuldprinzip, auch nicht im Sinne eines rechtlich-sozialen Tadels, sondern allenfalls die heutige Geld- und Freiheitsstrafe. Dies aber eben auch nur dann, wenn man sie auf Art. 1 GG stützen könnte, um die Grundrechte des Täters gegenüber einer potentiellen anderen Eingriffsart besser zu schützen. Es bleibt also fraglich, ob es für den Täter wirklich von Vorteil ist, wenn die Neurowissenschaft im Prozess nur sporadisch herangezogen wird, um das traditionelle Strafsystem ohne erheblich externe Irritation beizubehalten, das mit seinen Strafarten immerhin einen Schutz vor staatlicher Umerziehung bietet. Im Folgenden wird es deshalb darum gehen, was ohne Schuldprinzip mit dem Strafrecht passierte.

⁸⁰ *Roxin* sieht hierin – aus dem Jahre 1984 betrachtet – notstandsähnliche Ausnahmefälle (s. ZStW 96 [1984], 641 [647]). Weil der Notstand mit Blick auf eine vom Täter ausgehende schwere Dauer Gefahr, also präventiv begründet wird, bleibt aber unklar, in welchem Verhältnis Prävention und Vergeltung dann insgesamt zueinander stehen.

⁸¹ Ausführlich *Spieß*, in: Corneli/Nickolai (Hrsg.), *What Works? Neue Ansätze der Straffälligenhilfe* auf dem Prüfstand, 19 ff.

⁸² Eine Ausnahme bildet das Talionsprinzip, als es noch wirksam Vergeltung begrenzen konnte. Der heutige Vergeltungsgedanke hat mit der Talion inhaltlich indes nichts mehr gemein.

2. Verantwortung auch ohne Schuld

Lösen wir uns von der Idee eines vergeltenden Schuldausgleichs, dann könnte in der Sanktionierung bestimmter Handlungen ein rein präventiver Akt zu sehen sein. Dessen Bedeutung läge nicht – jedenfalls nicht primär – in der Verhinderung faktischer Gefährdungen, die in Zukunft von einem individuellen Täter zu erwarten wären (Spezialprävention), sondern in der Gewährleistung des Fortbestands der Normenordnung selber (positive Generalprävention). Warum es primär dies sein könnte und müsste, was präventiven Sanktionen ihr Maß und ihre Grenzen setzt, und nicht – wie von vielen Rechtswissenschaftlern befürchtet⁸³ – die Prognose einer individuellen Gefährlichkeit des Täters, sei knapp skizziert.

Die neuzeitliche Rechtsphilosophie seit Thomas Hobbes gründet die primäre Legitimation der rechtlichen Zwangsordnung in der staatlichen Gewährleistung des inneren Friedens. Liberal-rechtsstaatliche Ordnungen sichern diesen Frieden nicht primär über Polizeigewalt, sondern über die normative Koordination der Individuen durch die Gewährleistung allgemeiner und gleicher Handlungsfreiheit. Ein solches Normensystem wäre ohne handlungsbegrenzende Verbotsnormen, die den wechselseitig garantierten Spielraum der Freiheit festlegen und deren Grenzen gegenüber der Freiheit anderer sichern, offenbar nicht dauerhaft lebensfähig. Der Bestand solcher Verbotsnormen ist aber nur dann zu gewährleisten, wenn ihrem individuellen Bruch mit einer Reaktion begegnet wird, deren objektiver Sinn als öffentliche Verteidigung der gebrochenen Norm unmissverständlich ist. Diese Reaktion ist die Sanktion (welcher Art immer). Sie wird dem individuellen Normbrecher als Verwirklichung der Kehrseite seiner Handlungsfreiheit auferlegt. Er wird, einem allgemeinen Prinzip der Gerechtigkeit (Fairness) entsprechend, für die Übernahme der »Kosten« zuständig gemacht, die aus der verbotswidrigen Überschreitung seiner Freiheit entstehen – derjenigen Lasten nämlich, die von einer glaubhaften öffentlichen Darstellung der Normverteidigung erfordert werden. Blicke diese Darstellung (Sanktion) in sämtlichen Fällen eines solchen Normbruchs aus, so verlöre die Norm ihre Geltung.⁸⁴ Denn ein generelles »Schweigen« des Garanten der Rechtsordnung auf Brüche einer bestimmten Norm hätte den objektiven Sinn ihrer Preisgabe. Soll dies nicht sein, so muss aus Gründen der Gerechtigkeit (Gleichheit) – und jedenfalls der Idee nach – auf *jeden* Normbruch mit einer Sanktion reagiert werden. Das ist, beiläufig, auch das normative Fundament des Legalitätsprinzips der Strafprozessordnung.

⁸³ Vgl. Lüderssen, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit 2004, 101 f.; Kriele, ZRP 2005, 185 (186); Hillenkamp, JZ 2005, 313 (317); ders. (Fn. 20), 98 ff.; Günther, KJ 2006, 116 (130 f.); Dölling, Forens Psychiatr Psychol Kriminol 2007, 59 (61 f.); Braun, JZ 2004, 610 (612); Gschwend, in: Schmidinger/Sedmak (Hrsg.), Der Mensch – ein freies Wesen? Autonomie – Personalität – Verantwortung, 2005, 289 (304 f.); T. Walter, in: FS F. C. Schroeder, 2006, 131 (139); Pawlik, F.A.Z. v. 12.10.2007, 45.

⁸⁴ Vgl. auch Jakobs, Kritisches Jahrbuch der Philosophie, Beiheft 1, 1998, 29 (36); Roxin, ZStW 96 (1984), 641 (652), der bei der positiven Generalprävention aber den psychologischen Aspekt in den Vordergrund rückt.

Deshalb hängt die Erforderlichkeit einer bestimmten Sanktion davon ab, ob bei ihrem Ausbleiben (oder ihrem Ersatz durch ein andersartiges Surrogat) ein Schaden an der gebrochenen Norm bzw. der ganzen Normenordnung entstehen könnte.⁸⁵ Die Straftat als individuelles faktisches Geschehen erschüttert dagegen weder das Rechtsvertrauen der Bürger noch die Normenordnung. Die Rechtsordnung garantiert gerade, dass sie *nicht* durch die Macht des Einzelnen gestört werden kann.⁸⁶ Erst und nur das Schweigen des Rechts auf die Demonstration krimineller Macht des Einzelnen müsste zur Erschütterung von Normgeltung und Normvertrauen führen. Will man an der Geltung und Wirksamkeit der Verletzungsverbote festhalten, wird man also nicht nur überhaupt reagieren müssen,⁸⁷ sondern eben auch mit einer den Täter in eine belastende Pflicht nehmenden Maßnahme. Der Staat muss mit der Sanktion nämlich verdeutlichen, dass die Verletzung der Norm auch in der und für die Zukunft nicht geduldet wird. Denn unabhängig von der inhaltlichen Wandelbarkeit von Verbotsnormen gehört der zeitliche wie der personale Universalitätsanspruch zwingend zum Geltungsanspruch jeder einzelnen Norm. Deshalb sind Sanktionen nicht nur Übelszufügungen, sondern haben auch notwendig einen rigorosen Charakter: Sie sind prinzipiell nicht verhandelbar. Das heißt jedoch nicht, dass sie nur mit den traditionellen Strafarten durchsetzbar wären. Denn die Normverteidigung könnte ebenso gut (und vielleicht besser) ohne moralisches Verdikt gelingen.

Ganz unabhängig von der Frage seiner Determination oder dem Grad der von ihm selbst ausgehenden Gefährlichkeit gilt, dass sich *Jeder* auf die Garantie seiner Rechte verlassen können muss. Denn ein Staat, der beliebigen *Einzelnen* deren Rechte nicht garantieren kann, garantiert sie niemandem; es gäbe insgesamt keine Rechtssicherheit. Schaute der Staat dem Verbrechen aber einfach zu, dann garantierte er, wie wir gesehen haben, nicht einmal mehr den Bestand der Rechtsordnung überhaupt. Er kann also durch Straftaten in eine Art normativen Not-

⁸⁵ Der hier entwickelte Erklärungsansatz beruht maßgeblich auf den Überlegungen von Jakobs zur Funktion des Strafrechts (z.B. *Jakobs* [Fn. 70], 26 ff.). Allerdings sieht Jakobs schon in dem Normbruch einen »Schaden« der Normenordnung, den es zu »reparieren« gilt. Auch in der Sache gibt es Differenzen, weil Jakobs am traditionellen Schuldstrafrecht festhält und daher auch die Unterscheidung zwischen zurechnungsfähigen und unzurechnungsfähigen Tätern anders begründet.

⁸⁶ Dostojewskis Raskolnikoff hält seine Tat dagegen für so plausibel, dass er meint, sie könne zu einem allgemeinen Gesetz werden und er *habe* deshalb das Recht. Das aber setzt einen gesamtgesellschaftlichen Wandel voraus: »Siehst du, ich wollte ein Napoleon werden, deshalb habe ich erschlagen ...« (Dostojewski, *Sämtliche Werke* in achtzehn Bänden, Rencontre Lusanne, Bd. VIII, Rodion Raskolnikoff, 556, 563).

⁸⁷ Dass der »rechtswidrige« Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB nicht sanktioniert wird, ist kein Argument gegen diese These, sondern bestätigt nur, dass der Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB entgegen seinem Wortlaut eben nicht rechtswidrig ist; dazu ausführlich *R. Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002, 65 ff.

stands geraten, wenn sie den Eingriff in die Rechte des Einzelnen erforderlich machen, um Normgeltung zum Erhalt der Rechtsordnung zu demonstrieren.⁸⁸

Die Situation des Täters stellt sich nach dem hier entwickelten Modell rechtlich so dar, dass er die Tat zwar nicht vermeiden konnte, dass ihm die Tat nach den geläufigen Kriterien aber dennoch objektiv zuzurechnen ist. Zur Reaktion genötigt wird der Staatsapparat zwar erst durch die kollektive Erwartungshaltung der Gesellschaft. Diese »Nötigung« ist aber dann legitim, wenn sie dazu dient, den Rechtsstaat zu erhalten. Es handelt sich also (wiederum in einer etwas freihändigen Anwendung geläufiger Rechtsprinzipien) nicht um einen Defensiv- sondern eher um eine Art Aggressivnotstand, wenn der Staat auf einen Normbruch reagiert. Die Abwendung eines unverhältnismäßig großen Schadens im Aggressivnotstand trägt aber immer auch eine Spur von Ungerechtigkeit in sich, sie ist nämlich schon deshalb rechtmäßig, weil sie das *wesentlich geringere* Unrecht darstellt.

Eine »Letztbegründung« dafür, dass der Einzelne zur Verantwortung gezogen und mit einem Übel belegt wird, das über die Schadenskompensation hinausgeht, kann vor dem Hintergrund neuronaler Determination damit ersichtlich nicht vom Täter geliefert werden. Der Täter bezahlt danach für etwas, wofür er im engeren Sinne »nichts kann«, also keine *Letztverantwortung* trägt.⁸⁹ Er hat das Unglück, mit seiner Tat einen Mechanismus in Gang zu setzen, der ihn einerseits schützt, aber andererseits von ihm als *Verantwortlichem* zugleich ein echtes »Opfer« verlangt. Weil der Staat aber die Funktion hat, das Zusammenleben möglichst friedlich zu organisieren, muss er zuvörderst Rechte garantieren und darf deshalb beim Eingriff in die Rechte seiner Bürger das Erforderliche nicht überschreiten.

Damit haben wir herausgearbeitet, dass der Staat einerseits mit einer Sanktion gegen den Einzelnen reagieren darf; wir sehen aber auch, warum er andererseits nur das absolut Notwendige an Übel zufügen darf, und dies natürlich auch nur dann, wenn eine Übelszufügung überhaupt erforderlich ist. Nach dem Gesagten darf der Staat außerdem auch dann, wenn (künftige) Rechtsgutsverletzungen nicht zu erwarten sind, auf vergangene reagieren, um die Normgeltung zu verdeutlichen. Ist eine solche Reaktion im Hinblick auf eine andernfalls zu befürchtende Erosion der Normenordnung erforderlich, so erfolgte die Sanktion nämlich nicht um ihrer selbst willen. Das steht im Einklang mit der Forderung des BGH, die Strafe nicht als Selbstzweck anzuwenden. Sie sei vielmehr nur gerechtfertigt, »wenn sie sich zugleich als notwendiges Mittel zur Erfüllung der präventiven Schutzaufgabe des Strafrechts erweist«.⁹⁰ Diese Auffassung wird auch vom BVerfG geteilt, wenn es betont, dass die Grundrechte »als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, wie es zum Schutz öffentlicher Inter-

⁸⁸ Vgl. zum Luftsicherheitsgesetz, bei dem als Besonderheit hinzukommt, dass die Passagiere überhaupt nichts zu vertreten haben, *R. Merkel*, JZ 2007, 373.

⁸⁹ S. auch *Pothast*, in: Hermann/Koslowski (Hrsg.), *Der freie und der unfreie Wille*, 2002, 113 (128).

⁹⁰ BGHSt 24, 40 (42).

essen unerlässlich ist.«⁹¹ Dazu gehöre es, »die Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens zu schützen.«⁹²

Nach dem Gesagten erscheint es somit immerhin möglich, dass sich eine mildere Alternative findet, die »sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre«⁹³ und dazu führt, dass die Abgrenzung zwischen Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit aufgegeben werden muss. Das setzt die Klärung voraus, gegenüber welchem anderen Eingriff das traditionelle Strafsystem das mildere sein soll. Gefordert wird von Hirnforschern ja keineswegs die Zwangsbehandlung der Täterpersönlichkeit oder dauerhaftes Wegsperrn bei bloßen Vergehen. Die Rede ist vielmehr von einem *humaneren* Umgang mit Straftätern.⁹⁴ Im Folgenden sollen in aller Kürze einige Konsequenzen aus dem generalpräventiven Sanktionskonzept aufgezeigt werden.⁹⁵

3. Ausblick

Geht die Sanktion über eine bloße Kompensation des Schadens hinaus, weil nicht nur ein Ausgleich in Bezug auf den individuellen Schaden, sondern auch zugleich eine Bestätigung der Normenordnung im Interesse Aller angestrebt wird, dann fehlt es, wie wir gesehen haben, an einer Letztbegründung für den Eingriff in die Freiheitsrechte des (determinierten) Einzelnen; denn dann dient dieser Eingriff primär dem Vorteil Anderer, folgt also einer utilitaristischen Rechtfertigungslogik, die ansonsten in einem auf Grundrechten basierenden Rechtssystem keinen legitimen Platz hat. Gesellschaft und Staat haben mit der Abkehr vom Schuldprinzip und dem aus diesem resultierenden Legitimationsdefizit ein *Mehr* an Verantwortung als bisher zu übernehmen; deshalb dürfen sie ihre Probleme mit Rechtsbrechern ohnehin nicht mehr (nur) mit dem traditionellen Strafkonzepkt lösen. Die aufgezeigte Gerechtigkeitslücke erfordert, dass die Übernahme der Verantwortung seitens der Gesellschaft mit dem Maß der Zumutungen an den Einzelnen wächst. Je mehr wir also dem Täter auferlegen, umso mehr an Verantwortung müssen wir auch unsererseits übernehmen. Denn so lässt sich die Gerechtigkeitslücke auf das gebotene Minimum reduzieren. Damit wäre einem Sanktionenrecht, das auf eine Vorwurfshaltung verzichtete, eine Umfangsbegrenzung immanent, die das Schuldprinzip allein nicht aufweist.

Ein auf dem generalpräventiven Gedanken beruhendes Sanktionenrecht knüpfte auch weiterhin an die Tat an. Nicht nur, weil sich das zur Restituierung der Norm-

⁹¹ BVerfGE 19, 342 (349). Demgegenüber galt es beispielsweise die Untersuchungshaft zu rechtfertigen; vgl. auch BVerfGE 20, 45 (49); 20, 144 (147); *H.-L. Günther*, JuS 1978, 8 (11 ff.); *Amelung*, in: Schönemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 85 (89).

⁹² BVerfGE 88, 203 (257).

⁹³ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 1999, 157.

⁹⁴ *Singer*, Spektrum der Wissenschaft 2 (2001), 75. Dagegen *K. Günther*, KJ 2006, 116 (130 f.).

⁹⁵ Ausführlich *G. Merkel/Roth*, in: Grün/Friedman/Roth (Hrsg.), Entmoralisierung des Rechts (im Erscheinen).

geltung Erforderliche daran zu orientieren hätte, sondern auch, weil dem Täter sein So-Gewordensein – anders als bisher (siehe oben III 3) – gerade *nicht* zum Vorwurf gemacht würde. Die Begründung für das »Ob« der Sanktion richtete sich deshalb nicht nach dem Schuldprinzip, sondern nach allgemeinen Rechtsprinzipien und – wie das Schuldprinzip auch – nach den gesetzlichen Vorgaben sowie dem zur Generalprävention Erforderlichen. Das »Wie« der Sanktion müsste sich dagegen auch an der Persönlichkeit des Täters orientieren, indem ihm eine auf seine Persönlichkeit zugeschnittene Alternative zur herkömmlichen Bestrafung angeboten wird.⁹⁶

Denn aus der recht verstandenen Mitverantwortung der Gesellschaft hinsichtlich der Vermeidung zukünftiger Straftaten folgt beispielsweise, dass Therapie- und Behandlungsangebote nicht bloß gemacht werden *dürften*, sondern *müssten*, sofern sie erfolgversprechend sind. Der Staat hätte also ohne die Möglichkeit des Rückgriffs auf das Schuldprinzip außerdem die *Verpflichtung*, nach anderen, milderen Maßnahmen zu forschen und sie ggf. zu entwickeln. Die Verbesserung des Therapie- und Behandlungsangebots ist damit nicht nur eine wichtige Aufgabe, sondern auch ein rechtliches Gebot, weil die Gesellschaft etwas zur Resozialisierung Geeignetes offerieren müsste, wenn sie den Täter wegen ihrer generalpräventiven Bedürfnisse mit der Sanktion belastete.

Wer geltend macht, der Täter könne – wie die Hirnforschung zeige – lebenslang dazulernen, sich also verändern, und sei *deshalb* dazu verpflichtet,⁹⁷ der ignoriert jedoch, dass sich aus dem faktischen Können so wenig wie aus dem Nichtkönnen eine rechtliche Pflicht deduzieren lässt. Es müsste also zunächst einmal geklärt werden, woraus eine solche Pflicht des Täters erwachsen könnte. Wäre der Täter weiterhin für die Allgemeinheit gefährlich, ließe sie sich aus dem Verletzungsverbot (*neminem laedere*) ableiten. Sie wäre aber nicht zwangsweise durchsetzbar: Weil der Staat über das Mittel der Verwahrung verfügt, um den besonders gefährlichen Täter zu sichern, würde der Staat das zur Verteidigung der Rechtsordnung Erforderliche mit einer *Zwangstherapie* zwingend überschreiten. Weil er zudem in den meisten Fällen Geld- und Freiheitsstrafe als ausreichende Sanktion ansieht, muss er diese Optionen auch weiterhin als Alternativen zur Therapie offerieren. Zwar mag der Täter die traditionellen Strafarten nicht unbedingt als milder ansehen. Weil aber nur er selber Aufschluss darüber geben kann, ob Therapie oder traditionelle Strafe das für ihn mildere Mittel ist, ist die Therapie grundsätzlich nur dann ein zulässiges Mittel der Gefahrenabwehr, wenn der Betroffene zustimmt. Dadurch würde zugleich der traditionelle (Straf-)Vollzug durch die Wahl des (normativ ansprechbaren) Täters legitimiert, denn er diene nicht der Vergeltung, sondern dem Schutz des Täters vor Eingriffen in seine Persönlichkeit.

⁹⁶ Ein Täterstrafrecht im klassischen Sinne ist deshalb, entgegen der Auffassung von Lüderssen (Fn. 54), 191 f., nicht zu befürchten.

⁹⁷ S. Hochbuth, JZ 2005, 745 (753); auch T. Walter macht sich für eine »Erleichterung der Normtreue« durch Medikamente bzw. therapeutische Maßnahmen stark (in: FS F. C. Schroeder, 2006, 131 [142]).

Das freiheitsverbürgende Rechtsprinzip, zu dem neben dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit auch der Schutz des Zustands einer Person gehört, ist also die Prämisse eines rechtsstaatlichen Gewaltmonopols und bedarf nicht, wie Roxin⁹⁸ annimmt, eines zusätzlichen Schuldprinzips.

V. Resümee

Ohne den Begriff von Schuld im Sinne einer auf faktisches Andershandelnkönnen gegründeten Letztverantwortung müssten wir eine so starke Übelszufügung, wie sie uns das Strafrecht derzeit erlaubt, anders legitimieren. Allerdings ist nicht zu befürchten – wie manche Philosophen und Rechtswissenschaftler es tun –, dass ohne Willensfreiheit in diesem metaphysisch-starken Sinne die gesamte Rechtsordnung zusammenbrechen müsste. Auch als determinierte Wesen brauchen wir für ein friedliches Miteinander ein Mindestmaß an gegenseitigem Vertrauenkönnen, das uns, wenn schon nicht unser Gegenüber, dann doch jedenfalls der Staat garantiert. Ein Volk handlungsfreier Wesen bedarf zwingend einer Rechtsordnung – nicht weniger als Kants berühmtes »Volk von Teufeln«. ⁹⁹ Mit vorausgesetzter Willensfreiheit hat das nichts zu tun.

Die Ablehnung des Alternativismus hindert uns deshalb – jedenfalls in den meisten Fällen – *nicht*, den Täter für den Normbruch auf andere Weise als durch Schuldzuschreibung rechtlich zuständig zu machen, und keineswegs etwa (wie oft vermutet wird) die Gesellschaft oder gar das Opfer. Dies folgt aus ähnlichen Fairnesserwägungen, wie sie für das Zivilrecht gelten, wonach primär derjenige haftet, der die Norm objektiv gebrochen hat. Dabei wird der Einzelne zum »Endpunkt einer nur auf Grund dieser normativen Ordnung möglichen Zurechnung«¹⁰⁰ erklärt, was auch aus der Perspektive der Neurowissenschaft unproblematisch ist. Allerdings entfällt ohne die Voraussetzbarkeit von Schuld die Begründung für einen *Vorwurf* gegen den Einzelnen. Wenn wir den Normbruch nicht vorwerfen können, benötigen wir also eine andere Legitimationsquelle als die Letztverantwortung des Täters, wenn wir wollen, dass er über die bloße Schadenskompensation hinaus eine belastende Leistung zur Behebung der normativen und sozialen Störung erbringt. Wenn wir jemanden wegschließen für etwas, wofür er nichts konnte, dann bleibt der unauflösbare Rest eines Gerechtigkeitsproblems, denn aus unseren *normativen* Zurechnungsprinzipien lässt sich keine schlüssige Begründung dafür gewinnen, dass der *empirische* Mensch ins Gefängnis gehen muss. Er muss dann aber die Verantwortung für ein Geschehen tragen, für das ihm eine

⁹⁸ S. Roxin, ZStW 96 (1984), 641 (651).

⁹⁹ S. Kant: »Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar (...)« (Zum ewigen Frieden, Akademie Ausgabe VIII, 1795/1912, 366).

¹⁰⁰ Kelsen (Fn. 42), 97.

»Letztverantwortung« nicht zugewiesen werden kann – denn er kann nichts dafür, dass er so geworden ist, wie er ist.

Unsere Überlegungen haben ergeben, dass sich aus dem Rechtsstaatsprinzip zwar plausibel ableiten lässt, warum Sanktionen sich über notstandanaloge Erwägungen rechtfertigen lassen, sie haben aber dennoch den Beigeschmack einer Ungerechtigkeit. Mit dem herkömmlichen Schuldstrafrecht wird dem Täter indes manchmal sein So-Gewordensein vorgeworfen, während ihn ein anderes Mal seine defizitären Gehirnfunktionen entlasten. Dies verletzt, wie wir gesehen haben, den Zweifelsgrundsatz. Wird die Neurowissenschaft zur Erklärung einer Tat herangezogen, kann man ihre Erkenntnisse aber nicht willkürlich einmal beachten und ein anderes Mal ignorieren. Eine solche Behandlung ließe sich nur legitimieren, wenn sie für den Täter vorteilhafter wäre als ihre Alternative. Nach dem Gesagten hebt die Straftheorie von Roxin zwar die Vorteile der traditionellen Strafarten hervor. Diese lassen sich indes nur plausibel legitimieren, wenn der Täter dem traditionellen Strafvollzug als Alternative zu persönlichkeitsverändernden Eingriffen selber zustimmt.

Die Theorie Roxins liefert auch keine normativ zwingende Begründung für eine Begrenzung der Bestrafung, weder im Umfang noch in der Art. Wenn das Strafrecht nach dem Gesagten aber dazu dient, einen gesamtgesellschaftlichen Zweck zu erreichen, die Regulierung sich also am »Schuldausgleich« gar nicht orientiert, dann erklärt sich hieraus, warum es eine (feste) Umfangsbegrenzung der Sanktion auch nicht geben *kann*. Zwar ist zur Demonstration der Geltung der Norm nur das Erforderliche an Sanktion zulässig. Die Erforderlichkeit orientiert sich jedoch nicht am Maß der Schuld, sondern an schwankenden gesellschaftlichen Bedürfnissen. Ein alternatives Sanktionenrecht ist damit aber keineswegs variabler als das Schuldprinzip, sondern fordert insgesamt zu einer zurückhaltenderen Sanktionierung auf. Eine humanere Alternative zum derzeitigen Strafrecht ist also sowohl denkbar als auch legitimierbar. Nur die Chancen seiner Durchführbarkeit krankten derzeit vor allem am Mangel geeigneter Therapiemethoden. Solche zu entwickeln bedarf es deshalb einer weit größeren Anstrengung als bisher.

Nach allem Dargelegten geht es bei der Frage nach den Konsequenzen der Hirnforschung für das Strafrecht a limine nicht um eine ersatzlose Abschaffung des Strafrechts. Die Frage ist vielmehr, wie wir mit der neuen Sicht auf den Verbrecher umgehen, die uns die Legitimität eines moralisch aufgeladenen Schuldvorwurfs bestreitet. Einfach und angenehm an der Vorwurfshaltung ist nicht zuletzt, dass diejenige Seite, die den Vorwurf formuliert, sich damit als frei von Schuld definiert, während die andere Seite mit ihrer zugeschriebenen Schuld allein gelassen werden kann – nach dem Prinzip: Wer anders handeln konnte, hat eben selber schuld! Dabei lassen wir den Beitrag, den die Gesellschaft selber für das Zustandekommen von Straftaten leistet, ebenso unberücksichtigt wie den Vorteil, den sie aus der Sanktionierung Einzelner zieht. Die Erkenntnisse der Hirnforschung verpflichten uns dagegen, diese unsere Verantwortung wahrzunehmen, statt wie bisher die Kommunikation mit dem Täter zu beenden und ihn seine Strafe zum

Zweck seiner künftigen Läuterung verbüßen zu lassen. Ein teures System in zweifacher Hinsicht. Denn es erscheint immerhin möglich, dass viele Täter, die vom traditionellen Strafvollzug nicht abgeschreckt werden, durch eine individuell zugeschnittene Therapie beeinflusst werden könnten. Derzeit sind Wiederholungstäter nicht nur eine hohe finanzielle Belastung für die Gesellschaft,¹⁰¹ sie begehen auch Taten, die zahlreiche Opfer teurer zu stehen kommen, als jemals durch materielle Leistung kompensiert werden könnte.

Zum Schluss: Vielleicht ist schon deutlich geworden, dass die Verfasserin den Jubilar auch im Lichte der Neurowissenschaften nicht für eine »von einer neuronalen Maschinerie gesteuerte Marionette«¹⁰² oder ein »(neuro-)biologisches Etwas«¹⁰³ oder gar für einen »Limbier«¹⁰⁴ hält. Wenn nicht, dann sei dies an dieser Stelle ausdrücklich hervorgehoben. Dennoch mag sich der eine oder andere Leser – vielleicht der Jubilar selber –, fragen, was es mit der Ehre auf sich hat, die ihm mit der Präsentation dieses Themas angetragen wird.

Vor der Strafrechtler-Gemeinde die Qualitäten Herzbergscher Wissenschaft preisen zu wollen, hieße die sprichwörtlichen Eulen nach Athen zu tragen. Aber einer seiner zahlreichen Vorzüge darf hier besonders erwähnt werden: Kaum ein anderer Strafrechtslehrer hat so oft wie er an verfestigten Positionen gerüttelt, deren Fraglosigkeit ihre Irrigkeit beinahe unkenntlich gemacht haben mochte. Zwar konnte auch er – nach dem hier Vorgetragenen – nicht anders, aber das schmälert keines seiner Argumente, wertet keinen seiner Sätze und keines seiner vielen Verdienste um die Fortentwicklung des Strafrechts auch nur im Mindesten ab. Denn daran, dass wir wertschätzen und Argumente verstehen, ändert ein »deterministisches« Menschenbild nichts. Gründe genug für den bescheidenen Versuch, ihn mit diesem Beitrag zu ehren.

¹⁰¹ Vollkommen richtig bemerkt *Hochbuth*, dass Therapien mittel- und langfristig kostengünstiger sind als Strafverfolgung und Strafvollzug (JZ 2005, 745 [752]).

¹⁰² *Braun*, JZ 2004, 610 (612).

¹⁰³ *T. Walter*, in: FS F. C. Schroeder, 2006, 131 (141).

¹⁰⁴ *Hillenkamp* (Fn. 20), 98. Das limbische System des Gehirns steht in engem Zusammenhang mit Emotionen und spielt offenbar eine maßgebliche Rolle bei der Handlungssteuerung.